SINOPSES JURÍDICAS

13

Procedimentos Especiais

Marcus Vinicius Rios Gonçalves

Editora Saraiva

SINOPSES JURÍDICAS

Marcus Vinicius Rios Gonçalves
Juiz de Direito. Mestre em Direito Civil pela PUCSP.
Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Procedimentos Especiais

10ª edição
2012

Volume 13

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

Filiais

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16807-7
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Índice para catálogo sistemático:
1. Processo civil : Direito civil 347.9

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Sônia de Paiva Lima
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Cecília Devus / Simone Silberschimidt
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva / Kelli Priscila Pinto

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Índice

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Introdução

Título I — DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Capítulo I — Da Ação de Consignação em Pagamento

1. Introdução

2. Procedimento

2.1. Consignação fundada na recusa em receber

2.2. Consignação fundada na dúvida sobre a titularidade do crédito

2.3. A consignação dos alugueres

Capítulo II — Da Ação de Depósito

3. Introdução

4. Procedimento

4.1. A legitimidade

4.2. A petição inicial

4.3. A resposta do réu

4.4. A conversão do rito

4.5. A sentença

5. A ação de depósito de bens dados em alienação fiduciária

Capítulo III — Da Ação de Anulação e Substituição de Títulos ao Portador

6. Introdução

7. Procedimento

7.1. Das ações previstas no Código de Processo Civil

7.1.1. A reivindicatória

7.1.2. A substituição

7.1.3. A anulação e a substituição

7.1.4. A substituição em caso de destruição parcial

7.2. A competência

Capítulo IV — Da Ação de Prestação de Contas

8. Introdução

9. A ação de exigir e a de prestar contas

10. Procedimento da ação para exigir contas

11. Procedimento da ação de dar contas

12. Forma em que as contas devem ser prestadas

13. Prestação de contas por dependência

Capítulo V — Das Ações Possessórias

14. Introdução

15. Natureza jurídica da posse

16. Da proteção possessória

17. Classificação da posse

18. Peculiaridades das ações possessórias

18.1. A fungibilidade

18.2. A cumulação de demandas

18.3. O caráter dúplice

18.4. A exceção de domínio

19. Procedimento especial e ordinário

20. Caução

21. Procedimento especial

21.1. Competência

21.2. Legitimidade ativa e passiva

21.3. A petição inicial

21.4. A liminar

21.5. A audiência de justificação

21.6. Recurso contra a decisão liminar

21.7. A resposta do réu

21.8. As ações possessórias são executivas *lato sensu*

22. Do interdito proibitório

Capítulo VI — Da Ação de Nunciação de Obra Nova

23. Introdução

24. Hipóteses de cabimento

24.1. A obra nova em imóvel vizinho (CPC, art. 934, I)

24.2. A alteração da coisa comum (CPC, art. 934, II)

24.3. A construção que desrespeita as normas (CPC, art. 934, III)

25. O procedimento

25.1. O embargo extrajudicial

25.2. A petição inicial

25.3. A liminar

25.4. A resposta do réu

Capítulo VII — Da Ação de Usucapião

26. Introdução

27. Requisitos essenciais do usucapião

28. Procedimento

28.1. Competência

28.2. A petição inicial

28.3. Intimações

28.4. Justificação da posse

28.5. A sentença

Capítulo VIII — Da Ação de Divisão e da Demarcação de Terras Particulares

29. Introdução

30. Caráter dúplice

31. Natureza jurídica

32. As duas fases das ações de divisão e de demarcação

33. Competência

34. Legitimidade ativa e passiva

35. Cumulação de demandas

36. Da ação demarcatória

36.1. A petição inicial

36.2. A citação

36.3. Resposta dos réus

36.4. A sentença e a execução material da demarcação

37. Da ação divisória

37.1. A petição inicial

37.2. Citação, resposta e sentença

37.3. A execução material da divisão

Capítulo IX — Do Inventário e da Partilha

38. Introdução

39. O procedimento do inventário

39.1. Competência

39.2. O prazo para abertura

39.3. O valor da causa e as custas iniciais

39.4. As questões de alta indagação

39.5. O requerimento de abertura

39.6. O administrador provisório e o inventariante

39.7. Atribuições do inventariante

39.8. Remoção e destituição do inventariante

39.9. Primeiras declarações

39.10. Citações

39.11. Impugnações

39.12. As avaliações

39.13. As últimas declarações e os impostos

39.14. As colações

39.15. O pagamento das dívidas

40. Da partilha

40.1. Introdução

40.2. Espécies de partilha

40.3. A anulação e a rescisão da partilha

41. Do arrolamento

42. Do arrolamento sumário

Capítulo X — Dos Embargos de Terceiro

43. Introdução

44. Requisitos

44.1. O ato de apreensão judicial

44.2. Qualidade de senhor ou possuidor

44.3. A qualidade de terceiro

44.4. O prazo

45. Embargos de terceiro do cônjuge

46. Casos especiais de embargos de terceiro (art. 1.047)

47. Procedimento

Capítulo XI — Da Habilitação

48. Introdução
49. Procedimento

Capítulo XII — Da Restauração de Autos
50. Introdução
51. Procedimento

Capítulo XIII — Das Vendas a Crédito com Reserva de Domínio
52. Introdução
53. Procedimento

Capítulo XIV — Da Arbitragem
54. Introdução
55. Da convenção da arbitragem e seus efeitos
56. Os árbitros
57. O procedimento arbitral

Capítulo XV — Da Ação Monitória
58. Introdução
59. Requisitos
60. Procedimento
60.1. A decisão inicial
60.2. As atitudes do réu e suas consequências
60.3. A resposta do réu
60.4. A execução

Título II — Dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária

Capítulo I — Das Disposições Gerais

Capítulo II — Das Alienações Judiciais

Capítulo III — Da Separação Consensual

Capítulo IV — Dos Testamentos e Codicilos
61. A sucessão testamentária
62. Abertura, registro e cumprimento do testamento

63. A confirmação do testamento particular

64. A execução do testamento

Capítulo V — Da Herança Jacente

Capítulo VI — Dos Bens dos Ausentes

Capítulo VII — Das Coisas Vagas

Capítulo VIII — Da Curatela dos Interditos

Capítulo IX — Da Nomeação e Remoção de Tutor ou Curador

Capítulo X — Da Organização e da fiscalização das fundações

65. Introdução

66. Procedimento

Capítulo XI — Da Especialização da Hipoteca Legal

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil cuida dos procedimentos especiais em seu Livro IV, dividido em dois títulos: o primeiro, que trata da jurisdição contenciosa, e o segundo, da jurisdição voluntária.

O processo não se confunde com o procedimento, embora ambos mantenham entre si estreita relação. Como entidade complexa, o processo compreende as relações jurídicas que se estabelecem entre os sujeitos nele envolvidos e a forma pela qual os atos processuais sucedem-se uns aos outros, até que seja obtida a finalidade desejada.

O procedimento limita-se ao encadeamento dos atos processuais no tempo. É a manifestação extrínseca do processo e resulta da observação da maneira de interligação dos diversos atos nele praticados, que se sucedem até o provimento final.

A sistemática acolhida foi a de que em todas as ações a que a lei não atribua procedimento especial adota-se o procedimento comum, que pode ser ordinário ou sumário. A conclusão é que as ações cujos processos adotem o rito comum são identificadas por exclusão: somente se não houver previsão expressa de rito especial ele será acolhido.

Estão enumeradas no Código de Processo Civil e em leis extravagantes as ações cujo processo seguirá o rito especial. Ao estudá-las, ficará evidenciada a natureza instrumental do processo: como ele é meio para a efetivação dos direitos atribuídos pela lei material, a variedade de procedimentos decorre de um esforço do legislador em moldar o processo de forma a torná-lo um instrumento de jurisdição mais útil, adaptando-o ao direito substantivo que estiver sendo postulado.

Aquele que, por exemplo, deseja encontrar as razões para as peculiaridades do procedimento nas ações possessórias de força nova não as deve procurar no direito processual mesmo, mas nas particularidades da proteção à posse, tal como tratada no Código Civil.

Procura o legislador adequar o procedimento à tutela que se deseja, de acordo com a lesão que o direito material sofre. Para tanto, são usadas as mais variadas técnicas processuais, distanciando o procedimento especial do comum. Nem por isso deixam de aplicar-se àqueles, supletivamente, as regras gerais deste. No entanto, a aplicação supletiva está condicionada a que sejam compatíveis as normas gerais com as peculiaridades do procedimento especial.

Assim, desde que a lei não preveja para determinada ação de rito especial um prazo específico de contestação, haverá de prevalecer o ordinário, de quinze dias. Da mesma forma, aplica-se aos procedimentos especiais o sistema recursal comum, desde que não haja previsão em sentido

contrário.

No estudo que se segue, procurou-se atentar para a ordem e a sequência estabelecidas pelo legislador processual. Respeitou-se a divisão em duas partes: a dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, e a dos de jurisdição voluntária, que, como já referido, correspondem aos Títulos I e II do Livro IV do Código de Processo Civil. Embora seja esta uma obra de direito processual, recorreu-se sempre que necessário ao direito material, para melhor elucidar determinadas questões, lembrando sempre o caráter instrumental do processo, sem perder de vista a sua independência e autonomia.

Título I
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Capítulo I
DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

1 INTRODUÇÃO

A consignação em pagamento é meio de extinção das obrigações. Trata-se de uma forma compulsória de pagamento, que se efetiva com o depósito da coisa. Cabe apenas em circunstâncias excepcionais, enumeradas no art. 335 do Código Civil.

Em regra, o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem o represente. Entretanto, podem ocorrer circunstâncias que o impeçam ou pode haver recusa injustificada do credor em recebê-lo.

Tem o devedor o direito de desvincular-se da obrigação, efetuando o pagamento. Sendo inviável a sua efetivação, pela recusa do credor em aceitá-lo ou pela existência de obstáculos impeditivos, o devedor valer-se-á da consignação, que tem lugar, de acordo com o art. 335 do Código Civil: "I — se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II — se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III — se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil; IV — se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento; V — se pender litígio sobre o objeto do pagamento".

O rol do art. 335 do Código Civil não esgota as hipóteses, pois há outras, em leis extravagantes, em que se admite a consignação (p. ex., Dec.-Lei n. 58/37, art. 17, parágrafo único).

De todas as hipóteses enumeradas na lei civil, a mais comum é a da recusa injustificada do credor em receber o pagamento ou dar quitação. Não se acolhe a consignação se houver justo motivo para a recusa. Assim, se o valor ofertado pelo devedor é inferior ao devido, ninguém é obrigado a receber menos do que lhe cabe.

Ainda que o devedor já esteja em mora, o credor não pode recusar-se a receber o pagamento, desde que a prestação ainda lhe seja útil e venha acompanhada de todos os acréscimos e encargos decorrentes do atraso. Se,

no entanto, o credor já houver demandado o devedor, não caberá mais a purgação da mora, salvo se na ação proposta houver previsão dessa possibilidade, como ocorre no despejo por falta de pagamento.

Exemplificativamente, celebrado um contrato pelo qual alguém compromete-se a pagar a outrem um valor qualquer em dia predeterminado, o devedor estará em mora desde que não pague na data aprazada (mora *ex re*, que prescinde de interpelação, pois há termo certo de vencimento). Ainda assim, ser-lhe-á facultado consignar se houver recusa do credor em receber, desde que o valor oferecido venha acompanhado de todos os acréscimos, tais como correção monetária, juros vencidos e outros encargos que o contrato preveja para a hipótese de mora. A consignação, porém, será tardia se o credor já houver ajuizado ação de rescisão de contrato, com fundamento na mora.

Conclui-se, portanto, que o simples atraso do devedor não o impede de valer-se da consignação em pagamento. Nesse sentido, decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça: "Tempo para consignar. Enquanto ao devedor é permitido pagar, admite-se requerer o depósito em consignação. A consignação pode abranger inclusive os casos de *mora debitoris*, pois servirá a purgá-la. Ocorrida a mora do credor, irrelevante a questão do tempo, pela permanência na recusa" (*RSTJ*, *11*:319).

A consignação não está restrita às hipóteses de obrigação em dinheiro, embora seja essa a hipótese mais frequente. Também naquelas que consistam na entrega de bens, móveis ou imóveis, caberá consignação caso o credor se recuse injustificadamente a receber a coisa. São comuns as ações de consignação de chaves, quando o locador se recusa, sem razão, a recebê-las de volta das mãos do locatário. Só será inviável consignar quando a dívida for de obrigação de fazer ou não fazer, cuja natureza jurídica é incompatível com o depósito.

Poderá o devedor consignar, ainda, se houver recusa do credor em dar quitação na forma devida. A quitação é a prova de pagamento e o devedor tem de exigi-la, sob pena de não ter como demonstrar, mais tarde, que o fez. É obrigação do credor fornecer recibo. Em caso de recusa, o devedor consignará o pagamento.

A segunda hipótese de consignação verificar-se-á quando o credor não for, nem mandar receber a coisa no tempo, lugar e condições devidas. Salvo se o contrário houver sido estipulado, as dívidas são quesíveis, o que significa que o credor deve ir buscar o pagamento com o devedor. Se ele não o fizer, nem mandar alguém que o faça, não está obrigado o devedor a procurar o credor, bastando-lhe consignar o pagamento.

Também terá lugar a consignação quando o credor for incapaz de receber, ou for desconhecido, estiver declarado ausente ou residir em local de acesso difícil ou perigoso. Não se trata, aqui, de recusa em receber, mas de obstáculo que impede a efetivação do pagamento.

A hipótese de credor desconhecido pode causar alguma perplexidade, porquanto, em princípio, não se pode admitir que alguém contraia obrigação com pessoa cuja identidade ignora. No entanto, a hipótese facilmente se explica pela possibilidade de sucessão do credor originário. Assim, se o

devedor não souber quem são os herdeiros ou sucessores do credor, caber-lhe-á consignar.

Quando houver dúvida quanto a quem deva receber o objeto do pagamento, o devedor deverá valer-se da consignação. Para tanto, dois ou mais credores devem aparentar legitimidade para receber. E deve haver dúvida sobre quem faça jus ao pagamento. Em casos assim, não pode o devedor preferir um ao outro, sob pena de estar pagando mal e ser obrigado a pagar novamente. Ao fazer o depósito do valor devido, o devedor livra-se da obrigação. Os credores que se apresentaram passarão a disputar o montante recolhido.

Cabe também a consignação quando pender litígio entre credor e terceiro sobre o objeto do pagamento. Se a contenda ainda não se encerrou, fará mal o devedor em antecipar-se ao provimento jurisdicional, arriscando-se a ter de pagar novamente. Melhor será que ele deposite o valor devido, a ser levantado por quem vença a ação.

Terá legitimidade para requerer a consignação todo aquele que a tiver para pagar. Assim, estarão legitimados o próprio devedor, qualquer interessado na extinção da dívida ou até os terceiros não interessados que queiram pagar em nome e por conta do devedor (CC, art. 304, parágrafo único). Ao contrário do que ocorre com o terceiro interessado, o que não tem interesse e faz o pagamento não se sub--roga nos direitos do credor. Nem por isso está ele impedido de ajuizar a consignação, se deseja pagar e o credor recusa-se a receber.

No polo passivo da ação de consignação em pagamento figurará sempre o credor, seus herdeiros ou sucessores.

2 PROCEDIMENTO

É possível distinguir três procedimentos distintos, todos especiais, para a consignação em pagamento. Essa variedade deriva das múltiplas hipóteses em que é possível consignar. Diferenciam-se os procedimentos quando há recusa ou obstáculo para a efetivação do pagamento e quando existe dúvida sobre quem deva, legitimamente, receber. Destas, distingue-se o procedimento da consignação de alugueres, regido pela Lei n. 8.245/91. As peculiaridades de cada um desses ritos serão estudadas separadamente.

2.1. CONSIGNAÇÃO FUNDADA NA RECUSA EM RECEBER

É o procedimento genérico das ações de consignação quando há recusa do credor em receber, dar quitação ou quando há obstáculo que impede o pagamento.

É tradicional empregar as expressões “execução às avessas” ou “execução ao contrário” para designar a consignação em pagamento. O uso

generalizado desses termos criou perplexidade na doutrina e na jurisprudência quanto à extensão daquilo que poderia ser conhecido nessa ação. Para muitos, por ser uma "execução ao contrário", a consignação pressuporia a existência da dívida e a exatidão de seu valor, ficando afastada de seu âmbito qualquer discussão acerca de uma e outra dessas questões.

No entanto, não há restrições dessa natureza à consignação, cujo objetivo é permitir ao devedor desobrigar-se. Para decidir sobre o direito de ele ver-se livre da obrigação, o juiz deverá apreciar todas as questões relacionadas a esse direito que lhe forem submetidas. Portanto, se lhe forem formuladas questões prejudiciais envolvendo a existência da dívida, o *quantum debeatur* ou a interpretação de cláusulas contratuais que repercutam no desfecho da demanda, o juiz não poderá furtar-se a apreciá-las, alegando que os temas refogem ao âmbito da consignação, pois nela se permite discutir tudo aquilo que pode ser objeto de uma ação declaratória, conforme já foi decidido (*JTJ*, *173*:221).

O procedimento da consignação sofreu importantes modificações com a edição da Lei n. 8.951/94. Antes, ajuizada a ação, o juiz marcava dia e hora para que o credor viesse receber o valor oferecido. Era a audiência de oblação. Se o credor comparecia e aceitava o valor, a consignação extinguia-se. Se o credor não aparecia, ou rejeitava a oferta, era feito o depósito do valor oblado, e a ação tinha seguimento.

Duas foram as principais alterações introduzidas nesse sistema pela Lei já mencionada: a extinção da audiência de oblação e a possibilidade de consignação extrajudicial, por meio de depósito em estabelecimento bancário.

O depósito extrajudicial é uma faculdade que se atribuiu ao devedor. Ser-lhe-á possível, desde logo, valer-se das vias judiciais se assim preferir. Essa alternativa, porém, está restringida às hipóteses de depósito em dinheiro. O de coisas será sempre feito judicialmente.

O depósito bancário é instrumento de direito material, embora instituído pelo Código de Processo Civil. O devedor o fará em estabelecimento bancário oficial, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária. Se no local do pagamento não houver estabelecimento bancário oficial, ele poderá ser feito em estabelecimento particular.

Efetivado o depósito, o devedor deverá cientificar o credor por carta com aviso de recepção, assinando o prazo de dez dias para a manifestação da recusa. O prazo correrá da data em que o credor receber a cientificação. Para tanto, as pessoas incumbidas da entrega da carta, os funcionários do correio, deverão diligenciar no sentido de fazer constar do aviso de recepção a data exata da entrega. Deverão cuidar, ainda, para que o aviso seja assinado pelo próprio destinatário, pois, do contrário, a cientificação não se reputará efetivada. Por razões evidentes, o prazo de dez dias não correrá da data em que o aviso for juntado aos autos, porque o depósito extrajudicial é feito antes do ajuizamento da ação.

Para que seja válida a cientificação, o devedor fará constar da carta não só qual é o objeto do depósito, com todos os detalhes necessários à sua

compreensão, mas também o prazo de dez dias que o credor terá para recusá-lo, sob pena de reputar-se o devedor liberado da obrigação.

A recusa deverá ser feita por escrito ao estabelecimento bancário em que o depósito houver sido efetuado. Passados os dez dias sem a recusa por escrito, o devedor estará liberado, ficando à disposição do credor a quantia depositada.

Poderá surgir divergência entre credor e devedor, sobre a tempestividade da recusa, ou sobre a validade da cientificação. Nesse caso, não caberá ao estabelecimento bancário dar razão a nenhum deles, antes que a questão seja dirimida em juízo. Se assim for, o depósito extrajudicial não será bastante para evitar a propositura da demanda judicial de consignação, na qual se discutirão as questões acima mencionadas. Havendo, pois, a divergência, o estabelecimento bancário não permitirá o levantamento, por qualquer das partes, da quantia depositada.

Ocorrendo a recusa, o devedor ou terceiro poderão propor, dentro de trinta dias, a ação de consignação, instruindo a petição inicial com a prova do depósito e de sua não aceitação. Como a recusa é comunicada ao estabelecimento bancário, o prazo de trinta dias só passará a correr do momento em que este der conhecimento dela ao depositante, e não do momento mesmo da recusa. A entender-se de forma diversa, o prazo do depositante estaria correndo antes que ele estivesse ciente da não aceitação e pudesse propor a demanda.

Devem os estabelecimentos bancários acautelar-se, documentando a comunicação da recusa ao depositante, para que se possa mais tarde verificar a tempestividade da consignação.

Se a ação não for proposta no prazo de trinta dias, o depósito ficará sem efeito, e o seu autor poderá levantá-lo. Nada obsta, porém, que o devedor ou terceiro insistam na consignação, ajuizando mais tarde demanda judicial e efetivando o depósito em juízo. Portanto, não há falar-se em decadência da pretensão a consignar, superados os trinta dias. O que há é a perda da eficácia do depósito extrajudicial.

A efetivação do depósito faz cessar, para o devedor ou terceiro, os juros e os riscos, salvo se a ação for julgada improcedente. Desde que cesse a eficácia do depósito extrajudicial, pela não propositura da demanda no prazo de trinta dias, uns e outros continuarão sendo assumidos pelo devedor, até que a demanda seja ajuizada e o depósito judicial efetuado.

Embora a lei não o mencione, parece-nos que o depósito extrajudicial não poderá ser repetido se já tiver havido recusa e o devedor houver perdido o prazo para o ajuizamento da demanda. Se isso ocorrer, caberá ao devedor, unicamente, a propositura da ação judicial, no bojo da qual será feito o depósito.

A ação de consignação em pagamento será proposta no lugar do pagamento, se a obrigação for portável; se este não houver sido fixado, nem houver foro de eleição, seguir-se-á a norma geral, e a demanda será proposta no domicílio do réu. Se a obrigação for quesível, será proposta no foro do domicílio do autor, salvo eventual foro de eleição. Tais regras são de competência relativa, não podendo o juiz, de ofício, reconhecer-se

incompetente.

Na petição inicial, o autor, além de cumprir as determinações do art. 282 do Código de Processo Civil, deverá requerer o depósito da quantia ou coisa devida, a ser efetivado no prazo de cinco dias. Evidentemente que, se tiver havido depósito extrajudicial, o devedor ou terceiro limitar-se-ão a comprová-lo ao juiz, demonstrando também a recusa do credor. A falta de depósito implicará a extinção do processo, sem julgamento de mérito. Não há mais, na sistemática atual, a audiência de oblação, porque o valor terá sido depositado em instituição bancária antes do ajuizamento da ação, ou em juízo, nos cinco dias que se seguiram à data em que o juiz determinou o processamento da ação de consignação.

Quando a obrigação for constituída por prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que os depósitos sejam efetuados até cinco dias contados da data do vencimento. Essa possibilidade, porém, estende-se até à prolação da sentença, que não pode atribuir eficácia liberatória a depósitos que ainda não foram feitos. Nesse sentido, foi expressa a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), no art. 67, III, que permite a liberação das obrigações que se venceram durante a tramitação do feito, até ser prolatada a sentença de primeira instância. Após, se a recusa persistir quanto às prestações posteriores, o devedor terá de ajuizar nova demanda. Há, porém, decisões permitindo a consignação até o trânsito em julgado da decisão final (*RSTJ*, *87*:275; *STJ-RJ*, *230*:53).

A falta de depósito das parcelas vencidas no curso da ação, ou de algumas delas, não trará prejuízo para o devedor, no que se refere às parcelas depositadas. Unicamente, a sentença terá eficácia liberatória parcial, extinguindo apenas as obrigações a elas correspondentes.

O credor será citado para levantar o depósito ou oferecer contestação. Se ele concordar em receber o valor depositado, outorgando quitação, ou se ele não contestar e ocorrerem os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, condenando o réu nas custas e honorários advocatícios.

Quando o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, ele será citado para exercer esse direito dentro em cinco dias, se outro prazo não lhe for atribuído por lei ou contrato. O procedimento, nessa hipótese, será aquele previsto no art. 894 do Código de Processo Civil.

O prazo de resposta era de dez dias. No entanto, a Lei n. 8.951/94 modificou a redação do art. 896 do Código de Processo Civil, suprimindo a menção àquele prazo. Com isso, a norma tornou-se omissa, passando a aplicar-se, supletivamente, as regras do procedimento ordinário. Dessa maneira, o prazo de resposta na ação de consignação em pagamento passou a ser de quinze dias.

Após as modificações no procedimento da consignação, muito pouco restou do que havia de especial. Não há mais a audiência de oblação e o prazo de resposta é o comum. As diferenças atuais entre o procedimento ordinário e o da consignação resumem-se à exigência do depósito inicial (se o depósito não houver sido feito antes, em caráter extrajudicial) e ao caráter dúplice desta, instituído pelo § 2º acrescentado ao art. 899 do Código de

Processo Civil pela Lei n. 8.951/94.

Na consignação poderá o réu apresentar todos os tipos de resposta que pode ser formulado no procedimento ordinário. Além da contestação, faculta-se ao réu, no mesmo prazo, valer-se das exceções rituais, para arguir a incompetência relativa do juízo, a suspeição e o impedimento do juiz.

O aforamento de reconvenção não é incompatível com a consignação, desde que haja conexão entre elas ou com o fundamento da defesa. O caráter dúplice da consignação não constitui óbice, porque restrito à cobrança do saldo remanescente, quando insuficiente o depósito. Só não haverá interesse para reconvir se o intuito único for cobrar a diferença que decorra de um depósito a menor.

Porém, nada impede que se ajuize a reconvenção, formulando pedido que, embora conexo, não diga respeito ao saldo remanescente. Por exemplo, ajuizada consignação em pagamento das prestações de um determinado contrato, pode o réu reconvir postulando a sua rescisão. À evidência, a reconvenção seguirá as regras gerais, aplicando-se supletivamente as normas do procedimento ordinário.

Na contestação, o réu poderá arguir as matérias processuais enumeradas no art. 301 do Código de Processo Civil, que se erigem em verdadeiras objeções (ressalvada a convenção de arbitragem).

No mérito, poderá o réu alegar que: a) não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida; b) foi justa a recusa; c) o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento; d) o depósito não foi integral. Essa última alegação só poderá ser apreciada se vier acompanhada de indicação sobre o montante que o réu entende devido.

Apresentada a resposta, a consignação seguirá o procedimento ordinário. No entanto, algumas consequências peculiares serão acarretadas pela alegação de que o depósito não foi integral. Se isso ocorrer, poderá o autor, no prazo de dez dias, completá-lo, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento implique a rescisão do contrato.

A alegação de insuficiência do depósito não impedirá o réu de, desde logo, levantá-lo, liberando-se, parcialmente, o devedor. O processo seguirá, então, apenas quanto à parcela controvertida.

Essa possibilidade, introduzida pela Lei n. 8.951/94, corrigiu uma imperfeição antiga no sistema da consignação. Antes, quando o depósito não era integral e o pedido era julgado improcedente, incumbia ao autor levantar o valor depositado, apesar de incontroverso. O réu, para receber, tinha então que ajuizar nova demanda, com todos os ônus daí decorrentes. No sistema atual, se a única alegação do réu for a de que o depósito não é suficiente, poderá ele levantá-lo desde logo. A razão é evidente: aquilo que está depositado é incontroverso porque o autor afirma que deve, e o réu concorda, embora advertindo que o valor não é o bastante para extinguir integralmente a obrigação.

Outra inovação salutar decorre da introdução do § 2º ao art. 899 do Código de Processo Civil. O réu que alegar que o depósito é insuficiente deverá indicar qual o valor devido. A sentença que acolher essa alegação deverá determinar, sempre que possível, o montante devido, valendo como

título executivo, facultado ao credor promover--lhe a execução nos próprios autos. É nesse passo que a consignação assume caráter dúplice.

Ante os termos peremptórios do dispositivo, conclui-se não haver necessidade de que o réu formule pedido expresso para que o juiz condene o autor a pagar o saldo remanescente. Basta a ele contestar, alegando a insuficiência do depósito e apresentando seus cálculos, para que o juiz determine o montante devido, com força de título executivo judicial. A inovação é salutar, porque poupa ao credor-réu os esforços e os ônus do ajuizamento de nova demanda, em proveito da economia processual.

Ao julgar procedente a consignação, o juiz declarará efetivado o depósito e extintas as obrigações a ele correspondentes. O ato judicial que julga a consignação tem natureza de sentença, impugnável por apelação a ser recebida no duplo efeito.

2.2. CONSIGNAÇÃO FUNDADA NA DÚVIDA SOBRE A TITULARIDADE DO CRÉDITO

Atento às peculiaridades dessa espécie de consignação, o legislador previu-lhe um procedimento distinto daquele estabelecido para as hipóteses genéricas, dedicando-lhe apenas dois dispositivos no Código de Processo Civil: os arts. 895 e 898, estreitamente ligados ao art. 335, IV, do Código Civil.

Não há, nesse caso, *mora accipiendi* como nos demais, mas medida de prudência do devedor, que, em dúvida entre pagar a este ou àquele que se pretendem credores, teme pagar mal, e, com isso, ter de fazê--lo novamente.

O emprego dessa espécie de consignação não exige que duas ou mais pessoas tenham manifestado pretensão em receber o pagamento, como poderia sugerir uma leitura do art. 895 do Código de Processo Civil, que menciona a citação dos credores que disputam o pagamento. Basta que o devedor esteja em dúvida se o pagamento deve ser feito a este ou àquele, ainda que nenhum dos dois se apresente como credor, para que a consignação deva ser realizada. Às vezes, a má redação de um contrato pode ensejar dúvidas ao devedor quanto ao destinatário do pagamento. Essa dúvida, de caráter ainda subjetivo, é bastante para ensejar a propositura da consignação. Basta, pois, a dúvida subjetiva, prescindindo-se da existência de uma disputa entre os potenciais credores.

O fato de a dúvida poder ser subjetiva não afasta a necessidade de que ela seja razoável. O juiz deve examinar o caso concreto, para constatar se há motivos sérios, hábeis a trazer incerteza ao espírito de um homem normal. Inexistindo fundamento razoável para a hesitação, o juiz deve indeferir a petição inicial, por falta de interesse de agir do autor. Cumpre, porém, ao magistrado ser tolerante: se ficar constatado que há um risco, ainda que pequeno, de o devedor pagar mal, escolhendo entre este ou aquele, a consignação deverá ser admitida. Portanto, ainda que um exame da petição inicial faça concluir que há muita probabilidade de o credor ser um e não o outro, deve o juiz admitir a consignação, se houver algum perigo de o devedor errar, optando por um dos potenciais credores. O risco, no entanto,

mesmo pequeno, há de ser sério e fundado.

A razoabilidade da pretensão a consignar é evidente quando surge uma efetiva disputa, judicial ou extrajudicial, entre os potenciais credores, pelo objeto do pagamento. É o que ocorre quando o devedor é notificado por dois credores distintos, ambos exigindo o mesmo crédito, ou quando pende litígio entre dois credores sobre o objeto do pagamento (CC, art. 335, V).

Uma das hipóteses de consignação, previstas no art. 973, III, do Código Civil, é a de o credor ser desconhecido. Nessa situação, não há propriamente dúvida sobre a pessoa que deva receber o pagamento, o que pressupõe a existência de dois ou mais potenciais credores conhecidos.

Quando a identidade do credor for completamente ignorada, o devedor também poderá consignar o pagamento por conta de quem ele pertencer. O réu será desconhecido e deverá ser citado por edital, como determina o art. 231, I, do Código de Processo Civil. Ao julgar procedente a ação, o juiz declarará desobrigado o devedor, mas o valor continuará depositado, até que alguém prove o direito de levantá-lo.

Na petição inicial da consignação fundada em dúvida sobre a titularidade do crédito, figurarão no polo passivo aquelas pessoas que se apresentam aos olhos do devedor como credores potenciais. Caso o pagamento já esteja sendo disputado por duas ou mais pessoas, o devedor fará incluir no polo passivo os pretendentes, mais qualquer outro que se lhe afigure possível credor.

Tal como na consignação comum, o autor requererá ao juiz o depósito, que deverá ser feito, por analogia, no prazo de cinco dias, bem como a citação dos potenciais credores.

O procedimento posterior variará de acordo com as possíveis atitudes dos réus. Caso não compareça nenhum pretendente, o depósito será convertido em arrecadação de bens de ausente, seguindo-se então o rito dos arts. 1.160 e seguintes. O juiz ainda declarará extinta a obrigação, liberando o devedor.

Essa solução, acolhida pelo art. 898 do Código de Processo Civil, merece críticas. Todo o procedimento da arrecadação dos bens de ausente foi previsto considerando-se o ausente alguém conhecido, que desapareceu sem deixar notícias de seu paradeiro. Sabe-se quem é o ausente, embora não se saiba onde ele esteja. Por isso, sabe-se quem são seus sucessores, sendo possível dar início aos procedimentos de sucessão provisória e definitiva.

Já na consignação em que nenhum dos potenciais credores comparece, o que ocorre é situação bastante diversa. Sabe-se onde estão os potenciais credores, mas não se sabe qual deles faz jus a receber o valor ou o bem oferecido. Como nenhum deles apresentou-se para receber, a dúvida não ficou dirimida.

A melhor solução é a preconizada por Adroaldo Furtado Fabrício: "Muito mais adequada seria a adoção do procedimento prescrito para dar destino às coisas vagas — que essa é a verdadeira situação do depósito a cujo levantamento ninguém se habilitou. Aí sim (arts. 1.171 e s.) se cuida de bens cujo dono é incerto; aí sim se encontram regras jurídicas perfeitamente aplicáveis ao depósito em consignação que ninguém recolheu" (*Comentários*

ao Código de Processo Civil, 3. ed., Forense, 1988, v. 7, t. III, p. 143).

Pode ocorrer que, citados todos os pretendentes, apenas um compareça. Nesse caso, diz o art. 898 do Código de Processo Civil que o juiz decidirá de plano. O dispositivo pressupõe que não tenha havido, por parte de nenhum dos pretendentes, contestação, mas apenas o comparecimento de um só deles, disposto a receber o valor que está sendo oferecido.

Como os outros não apareceram, nem para contestar, nem para receber, o juiz presumirá, dessa omissão, que nenhum deles considera--se credor. No entanto, essa presunção é relativa, e deve ser afastada se ficar evidenciado que o único que compareceu não é o efetivo credor, caso em que a solução será a mesma que se preconiza para a hipótese de ausência de qualquer interessado.

Pode ocorrer, ainda, que compareça um único réu, não para receber, mas para apresentar contestação. Caso ele aduza ser insuficiente o valor do depósito, o juiz concederá ao devedor prazo de dez dias para complementá-lo, aplicando-se analogicamente as regras da consignação comum. Nessa hipótese, o juiz também poderá decidir de plano, autorizando o único pretendente que se apresentou a levantar a quantia incontroversa. A sentença ainda fixará o valor do saldo remanescente a ser executado pelo credor.

Por fim, existe a hipótese de comparecimento de vários pretendentes, todos dizendo-se dispostos a receber. Se isso ocorrer, manda o art. 898, última parte, do Código de Processo Civil, que o juiz declare efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores, pelo procedimento ordinário.

Efetivado o depósito suficiente para quitar a dívida, e constatada a dúvida efetiva sobre qual dos pretendentes tenha mais direito ao levantamento, não se justifica que o devedor permaneça integrando a relação processual, da qual ele será excluído. A ação prosseguirá então entre os credores, para que se decida qual deles faz jus ao valor.

É possível que diversos réus compareçam apresentando contestação, seja para alegar a insuficiência do depósito, seja para negar que exista dúvida sobre quem deva legitimamente receber. Evidente que o comparecimento de mais de um réu, alegando que não há dúvida porque só a ele compete receber o pagamento, já será forte argumento para concluir pela existência da incerteza. Afinal, se duas ou mais pessoas atribuem-se seriamente a qualidade de credor único, será justificada a dúvida do devedor, que não saiba em quem acreditar. Se o depósito for insuficiente, o juiz permitirá ao autor complementá-lo, no prazo de dez dias.

A redação do art. 898 do Código de Processo Civil estabelece que, comparecendo mais de um pretendente, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores.

Parece-nos que, apesar da nova redação dada ao art. 162 do CPC pela Lei n. 11.232/2005, que modificou o conceito de sentença, a aptidão de pôr fim à fase de conhecimento em primeiro grau continua sendo inerente a ela. Como a decisão que declara suficiente o depósito não põe fim a essa fase, pois se prossegue em primeiro grau para apurar a quem cabe o levantamento,

melhor seria qualificá-la de decisão interlocutória, e não de sentença, o que abriria ensejo para a interposição de agravo de instrumento, e não de apelação, prosseguindo o processo em primeira instância. No entanto, diante da existência de controvérsia a respeito, será caso de aplicar-se o princípio da fungibilidade dos recursos, podendo-se admitir tanto a interposição de apelação como de agravo de instrumento.

Adroaldo Furtado Fabrício, preocupado com a questão da coisa julgada material, que não poderia atingir o devedor, pois ele não participa da "segunda fase do processo", preconiza que, do ponto de vista da natureza mesma do ato judicial, "essa decisão é, sem dúvida, julgamento de mérito: o mérito da ação consignatória propriamente dita" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 139). No entanto, atento à classificação dos atos judiciais tal como prevista no art. 162 do Código de Processo Civil, conclui que, como o procedimento de primeiro grau não se encerra, o ato judicial, na terminologia do Código, não é sentença, mas decisão interlocutória, a ser impugnada por agravo de instrumento.

Diversa é a conclusão a que chega Antonio Carlos Marcato: "De fato, o ato judicial que declara válido o depósito e libera o autor original tanto da obrigação, quanto da relação jurídica processual, não é uma simples decisão — mesmo entendida esta como uma 'sentença interlocutória sobre o mérito' — mas, sim, verdadeira sentença que extingue a ação de consignação em pagamento e é, então, apelável" (*Ação de consignação em pagamento*, 2. ed., Revista dos Tribunais, p. 115).

Parece-nos, no entanto, que a redação do art. 898 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas: comparecendo mais de um pretendente, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores.

Nas edições anteriores, sustentou-se que o ato que declara efetivado o depósito e extinta a obrigação tem a natureza de decisão interlocutória, porque não extingue o processo. Com as alterações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, a situação mudou. Agora é indiscutível que esse ato terá natureza de sentença, porque acolhe o pedido do autor (CPC, arts. 269, I, e 162), o que basta para caracterizá-lo como tal. A aptidão para extinguir o processo deixou de ser requisito da sentença.

Em ações outras, nas quais há duplicidade de fases procedimentais, como a prestação de contas, o legislador foi expresso: a primeira e a segunda fase encerram-se por sentença (CPC, arts. 915, § 2º, e 918). Agora nas consignações em pagamento decorrentes de dúvida quanto à titularidade do crédito ocorrerá o mesmo.

As particularidades do procedimento dessa espécie de consignação também trazem dúvidas sobre o modo de fixação da verba de sucumbência, quando o juiz declara extinta a obrigação e o processo passa a correr entre os credores.

O pretendente que tiver afastada a sua pretensão de receber o pagamento deverá pagar ao credor vitorioso as verbas de sucumbência. O autor consignante fará jus aos honorários advocatícios e ao reembolso das custas e despesas que efetuou. A fixação da verba de sucumbência em seu

favor deverá ser feita na sentença que, dando por bom o depósito, extingue a obrigação, iniciando a segunda fase do procedimento. Essa verba deverá ser abatida do depósito, feito pelo próprio autor no início do processo.

O depósito ficará, assim, desfalcado do que foi retirado para fazer frente àquilo que é devido ao autor, a título de verba de sucumbência. No entanto, o credor vitorioso poderá recobrar do preterido o valor que foi abatido do depósito, para pagar o autor.

Portanto, o credor vitorioso receberá, ao final, o depósito desfalcado, mas poderá cobrar do pretendente vencido o necessário para repor a integralidade do depósito, mais as verbas de sucumbência a ele próprio devidas.

A segunda fase do procedimento das consignações fundadas na dúvida quanto à titularidade do crédito correrá pelo rito ordinário, sendo dadas às partes todas as oportunidades para provar o seu direito ao pagamento. Todos os credores serão, nessa segunda fase, simultaneamente autores e réus, o que pode trazer problemas a respeito da iniciativa para a prática de atos e diligências processuais. Assim, por exemplo, haverá dificuldades quando do adiantamento das despesas, para a prática de atos que o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público. A antecipação, nessas hipóteses, deve ser feita pelo autor (CPC, art. 19, § 1º). Mas todos os pretendentes são simultaneamente autores e réus, o que os obrigará a repartir as despesas que devam ser recolhidas com antecedência.

Uma última dificuldade haverá na hipótese de, entre os credores, já pender litígio sobre o objeto do pagamento (CC, art. 335, V). Quando isso ocorrer, o devedor ajuizará a consignação, para não pagar mal. No entanto, encerrada a primeira fase, não haverá necessidade de dar-se início à segunda, cuja finalidade é a de apurar quem é o verdadeiro credor. Isso porque já pende entre os credores litígio sobre o objeto do pagamento. Portanto, bastará dar por extinta a obrigação do devedor e aguardar o desfecho do litígio, que já pendia entre os pretendentes.

2.3. A CONSIGNAÇÃO DOS ALUGUERES

A consignação de alugueres e acessórios da locação tem procedimento próprio regido por lei especial (Lei n. 8.245/91). A apelação contra sentença que a julga é recebida apenas no efeito devolutivo, diversamente do que ocorre nas demais hipóteses de consignação.

Controverte-se sobre a possibilidade de o locatário valer-se do depósito extrajudicial, previsto no Código de Processo Civil, mas não previsto na Lei do Inquilinato. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a resposta é negativa, porque a norma que trata da matéria tem natureza material. Portanto, "somente foram modificados os dispositivos materiais sobre a consignação. Os processuais, previstos em lei especial, não foram alcançados pela Lei n. 8.953/94. De consequência, tal procedimento extrajudicial não é válido para as consignações de débitos fiscais (CTN 156, VIII, e 164) nem de depósitos oriundos de relação locatícia (Lei n. 8.245/91, art. 67)" (*Código de Processo Civil comentado*, 3. ed., Revista dos Tribunais,

nota 9 ao art. 890).

Curiosamente, o mesmo argumento, de que a norma que instituiu o depósito extrajudicial tem caráter material, foi utilizado pelo 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que emitiu o Enunciado 41, do seguinte teor: "O depósito bancário, a que alude o art. 890 do CPC, é instrumento de direito material e também se presta à exoneração de obrigações oriundas do contrato de locação".

Parece-nos que não há óbice à admissão do depósito extrajudicial no sistema da Lei do Inquilinato. Justamente porque tem caráter material, a norma que o instituiu deve aplicar-se às hipóteses de consignação, sendo irrelevante que o procedimento seja regulado em lei especial.

Na petição inicial, que deverá preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, o devedor especificará os alugueres e acessórios da locação e os respectivos valores. O prazo para efetivar o depósito não é de cinco dias, como na consignação regulada pelo Código de Processo Civil, mas de vinte e quatro horas. A não efetivação do depósito implicará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Feito o depósito inicial, o locatário poderá continuar consignando, no mesmo processo, as prestações que se forem vencendo, até a prolação da sentença. No entanto, os depósitos terão de ser feitos na data dos respectivos vencimentos, e não em até cinco dias depois, como ocorre na consignação regida pelo Código de Processo Civil.

Se o locador concordar em receber o valor oferecido ou não apresentar contestação, o juiz acolherá o pedido e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios, prefixados em 20% do valor dos depósitos.

São idênticas as matérias de fato que podem ser arguidas na consignação comum, e na de alugueres e encargos: não ter havido recusa ou mora em receber a quantia devida; ter sido justa a recusa; não ter sido efetuado o depósito no prazo ou no lugar do pagamento ou não ter sido integral o depósito.

A alegação de que o depósito não é integral deve vir acompanhada de indicação discriminada e justificada do montante que o locador entende devido. Caso o locatário reconheça que o depósito foi insuficiente, será possível complementá-lo, no prazo de cinco dias, com acréscimo de 10% sobre o valor da diferença. Nesse caso, o juiz declarará quitadas as obrigações, mas o locatário arcará com a verba de sucumbência, incluindo honorários advocatícios de 20% sobre o valor dos depósitos. O legislador da Lei do Inquilinato foi mais rigoroso que o do Código de Processo Civil, onde o prazo para complementação do depósito é de dez dias, sem previsão de multa moratória.

Já foi esclarecido anteriormente que é possível reconvir na ação de consignação em pagamento. Na de alugueres foi expressamente prevista essa possibilidade, quando o réu quiser postular o despejo do autor.

Se a defesa do réu fundar-se na insuficiência do depósito, será lícito que ele requeira, desde logo, o levantamento do valor oferecido, pois sobre ele não pende controvérsia. No entanto, ao contrário do que agora ocorre na consignação comum, se o réu pretender cobrar o saldo remanescente, terá de

reconvir. O art. 899, § 2º, do Código de Processo Civil, que permite ao juiz, na própria sentença, fixar o saldo, independentemente de reconvenção, contém norma de direito processual, e não de direito material. Como o procedimento da consignação de alugueres é regido em lei especial, não será possível aplicar a ele normas que versam o procedimento das consignações em geral.

Portanto, a cobrança pelo réu do saldo remanescente, nas consignações de alugueres, continua a depender de reconvenção, embora nas consignações em geral seja ela prescindível.

Quadro sinótico – Ação de consignação em pagamento

Quadro Comparativo entre a consignação comum e a consignação dos alugueres

Capítulo II
DA AÇÃO DE DEPÓSITO

3 INTRODUÇÃO

O contrato de depósito é aquele pelo qual um dos contratantes, o depositário, recebe do outro, o depositante, um bem móvel para guardá-lo por um tempo, restituindo-o quando lhe for exigido (CC, art. 627).

Trata-se de um contrato unilateral, porque impõe obrigações somente ao depositário, e gratuito, porque traz vantagens patrimoniais apenas ao depositante. No entanto, como a gratuidade não é da sua essência, é possível fixar uma remuneração em proveito do depositário. Nesse caso, a avença torna-se bilateral e onerosa. É também contrato real, pois aperfeiçoa-se com a tradição de seu objeto.

Entre as obrigações que resultam do depósito está a de o depositário restituir a coisa na ocasião ajustada, ou a qualquer tempo quando lhe for exigida, sob pena de ter de ressarcir os prejuízos.

A possibilidade de prisão civil do depositário infiel pelo prazo de até um ano foi prevista no art. 652 do Código Civil e no art. 902, § 1º, do Código de Processo Civil. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343, decidiu pelo descabimento da prisão civil, em qualquer espécie de depósito, afastando assim a possibilidade de sua decretação.

O depósito pode ser contratual ou judicial. O contratual é aquele que decorre de um acordo de vontades, obrigando o depositário a guardar a coisa. O depositante pode exigi-la de volta a qualquer tempo, ainda que o contrato tenha previsto prazo para a restituição (CC, art. 633). Pode ser voluntário (CC, arts. 627 a 646) ou obrigatório (CC, arts. 647 a 652). Voluntário quando decorre de livre manifestação dos contratantes e o depositante escolhe livremente a pessoa a quem irá confiar a guarda e a conservação do bem. Obrigatório quando independe da vontade das partes, porque resulta de fatos imprevistos e inafastáveis, que obrigam o depositante a entregar a coisa a quem não conhece, a fim de impedir a sua ruína ou destruição imediatas. Não há possibilidade de livre escolha do depositário.

Subdivide-se o depósito obrigatório em legal (CC, art. 647, I) e miserável (art. 647, II).

Legal é o que se faz em desempenho de obrigação que decorre de lei. Existem hipóteses em que a própria norma obriga a que o depósito seja efetivado, como na situação do inventor que é forçado a depositar a coisa perdida (CC, art. 1.233, parágrafo único), ou no depósito da dívida vencida na pendência de lide, quando vários credores disputam o montante, uns excluindo os outros (CC, art. 345).

Miserável é aquele efetuado durante uma calamidade, como incêndio,

inundação, naufrágio ou saque. Nessas circunstâncias, o depositante é obrigado a socorrer-se da primeira pessoa que aceitar a guarda dos bens salvos.

Além dos depósitos contratuais, nas diversas modalidades acima mencionadas, há o judicial, que é o determinado por mandado do juiz, entregando a alguém coisa que é objeto de um processo (móvel ou imóvel), com a finalidade de preservá-la até que se decida o seu destino.

O depositário contratual é possuidor direto da coisa, ficando o depositante com a posse indireta, enquanto o judicial não tem posse, mas a mera detenção da coisa, que mantém consigo em nome do Estado e no exercício de um *munus*.

Só há interesse para a propositura da ação quando se tratar de depósito contratual, em que o depositário não restitui a coisa que recebeu para guardar. No depósito judicial, a ação é desnecessária, pois o depositário é mero detentor, podendo o juiz, nos próprios autos em que se constituiu o encargo, determinar, por simples mandado, a busca e apreensão da coisa, restituindo-a a quem de direito. Assim, se no processo de execução o depositário judicial recusa-se a entregar a coisa ao arrematante, não há necessidade de que este proponha ação de depósito, ou de imissão de posse, bastando requerer ao juiz que mande apreender o bem para lhe ser entregue.

Caso ele resista e não entregue a coisa, recusando-se a apresentá--la, o juiz pode aplicar multa diária para o cumprimento da determinação, ou valer-se de outros meios de coerção. Só não pode mais decretar-lhe a prisão, nos próprios autos em que se constituiu o depósito, pois o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula 619: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito".

Portanto, é no campo do depósito contratual que haverá interesse para o ajuizamento da ação de depósito.

Além das situações típicas, previstas no Código Civil, há outras que o legislador equipara ao depósito, com todas as consequências daí decorrentes. É o que ocorre nos contratos de alienação fiduciária em garantia, quando o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, caso em que o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, nos mesmos autos (Dec.-Lei n. 911/69, art. 4º). Também é considerada depositária, nos termos da Lei n. 8.866/94, art. 1º, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive, à Seguridade Social.

O contrato de depósito pode ser celebrado por pessoa natural ou jurídica, que podem figurar como depositantes ou depositárias. Portanto, é possível ajuizar a ação de depósito contra pessoa jurídica, hipótese em que os seus representantes legais responderão em caso de infidelidade.

Todas as modalidades de depósito contratual (convencional ou obrigatório, legal ou miserável) permitem o ajuizamento da ação de depósito, sempre com a finalidade de compelir o depositário a restituir a coisa.

4 PROCEDIMENTO

A ação de depósito tem natureza cognitiva e obedece a procedimento especial. Entre as ações de conhecimento, ou seja, as que têm pedido condenatório, mas que dispensam posterior execução autônoma, pois a sentença é executada automaticamente, classifica-se como executiva *lato sensu*.

O art. 904 do Código de Processo Civil dispõe que, julgada procedente a ação, o juiz determinará a expedição de mandado para a entrega da coisa ou do equivalente em dinheiro, no prazo de vinte e quatro horas, sem que haja necessidade de promover uma execução autônoma. Ressalve-se, no entanto, a possibilidade prevista no art. 906: se o credor quiser, pode ser requerida a execução por quantia certa nos próprios autos, quando a coisa ou o equivalente em dinheiro não forem entregues.

4.1. A LEGITIMIDADE

O autor da ação de depósito será o depositante, ou seu sucessor, ainda que não sejam os proprietários da coisa, já que para a celebração do contrato não é necessário que quem entregue a coisa seja o seu dono.

O legitimado passivo é o depositário infiel, a pessoa a quem se confiou a guarda da coisa e que não a entregou no momento oportuno.

4.2. A PETIÇÃO INICIAL

Deve preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. Além deles, há outros, específicos, exigidos pelo art. 902, *caput*: a inicial tem que ser instruída com prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato.

A exigência de prova literal poderá trazer dificuldades. Nos contratos de depósito voluntário não haverá problemas, porque a lei dispõe que ele se provará por escrito (CC, art. 646). No entanto, quando se tratar de depósito obrigatório, mormente o miserável, não haverá prova literal. Neste caso, o depositante não terá como ajuizar ação, em razão da expressa exigência de prova literal. Porém, ele poderá valer-se das vias ordinárias para reaver a coisa, incluindo a ação possessória que lhe conferirá, liminarmente, a possibilidade de recuperar o bem depositado, desde que proposta dentro de ano e dia. Sem a prova literal não será possível utilizar a ação de depósito.

Ainda na petição inicial, o autor requererá a citação do réu para, no prazo de cinco dias, entregar a coisa, depositá-la em juízo, consignar-lhe o equivalente em dinheiro ou apresentar contestação. O prazo é contado da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

4.3. A RESPOSTA DO RÉU

Citado, pode o réu entregar a coisa. A entrega equivale a um reconhecimento jurídico do pedido, e o juiz extinguirá o processo, com julgamento de mérito, carreando ao réu as custas, despesas processuais e o pagamento de honorários advocatícios.

Poderá o réu requerer o depósito judicial da coisa. Isso ocorrerá, por exemplo, quando ele queira contestar, mas desde logo pretenda livrar-se dos riscos que recaiam sobre o bem; ou na hipótese do art. 633, última parte, do Código Civil; ou ainda quando o autor recusa a receber de volta a coisa, alegando que não é a mesma que entregou.

O réu pode também consignar o equivalente em dinheiro da coisa reclamada. No entanto, esta hipótese só será admitida quando o bem houver perecido, ou o credor aceitar receber a quantia no lugar da coisa. Não cabe ao devedor ficar com o bem e devolver em pecúnia. Tendo o devedor a coisa consigo, o credor pode reclamá-la, mesmo que lhe seja oferecido o seu equivalente monetário.

Contudo, se a coisa houver perecido ou desaparecido, restará o depósito em dinheiro, como forma de liberar-se o devedor da obrigação. Ressalve-se a hipótese de perecimento da coisa em razão de caso fortuito ou força maior, situações que têm efeito liberatório, e que escusam o depositário, desde que comprovadas (CC, art. 642).

Quando houver recusa do autor em receber a coisa depositada judicialmente, ou o equivalente em dinheiro, o devedor se justificará, apresentando as razões pelas quais entende que a recusa é indevida. Assim, por exemplo, recusando-se o credor a receber o dinheiro oferecido, incumbe ao devedor justificar a sua entrega, aduzindo que a coisa perdeu-se e não pode ser restituída senão pelo equivalente pecuniário.

Resta, ainda, a possibilidade de o devedor apresentar contestação. Embora o Código de Processo Civil só faça menção a ela, ao réu serão permitidas todas as formas de resposta previstas para o procedimento ordinário. Assim, poderão ser opostas as exceções rituais e a reconvenção.

O art. 902, § 2º, do Código de Processo Civil parece restringir o conteúdo da contestação às alegações de nulidade ou falsidade do título, extinção das obrigações e demais defesas previstas na lei civil. No entanto, o réu poderá alegar qualquer matéria, de conteúdo processual ou material, de interesse à sua defesa. Assim, tudo o que está previsto no art. 301 do Código de Processo Civil pode ser arguido na contestação.

Andou bem o legislador em não admitir a alegação de mera anulabilidade na contestação, pois ela não pode ser reconhecida *incidenter tantum*, devendo ser objeto de ação própria do interessado. A falsidade que pode ser arguida em defesa é tanto a de forma (material) quanto a de conteúdo (ideológica).

Além disso, podem ser invocadas as demais defesas previstas na lei civil, como a compensação e a impossibilidade física ou jurídica da restituição.

Comprovado que a coisa se perdeu por caso fortuito ou força maior, o devedor estará liberado da obrigação. Se a coisa se perdeu por culpa dele, não haverá mais como obrigá-lo a restituir o bem, cabendo apenas exigir o

equivalente em dinheiro.

4.4. A CONVERSÃO DO RITO

O art. 903 do Código de Processo Civil dispõe que, apresentada a contestação, a ação de depósito prossegue pelo rito ordinário. Isso significa que a especificidade do procedimento restringe-se à fase inicial, até a apresentação da resposta. Por essa razão, é admissível o processamento de reconvenção e ação declaratória incidental.

Caso o réu não apresente contestação, o juiz julgará antecipadamente a lide, desde que a revelia produza seus efeitos. Se não produzir, observar-se-á o procedimento do art. 324 do Código de Processo Civil.

4.5. A SENTENÇA

Como já ressaltado, as ações de depósito são executivas *lato sensu*, o que significa que, acolhido o pedido com trânsito em julgado, deverá ser cumprido, desde logo, o mandado. Basta expedir um mandado para que, em vinte e quatro horas, o bem ou o equivalente em dinheiro sejam restituídos.

Também aqui vale o asseverado anteriormente. Se o devedor tiver a coisa consigo, deverá entregá-la. A possibilidade de restituir o equivalente em dinheiro fica restrita às situações de impossibilidade de devolução em razão do desaparecimento ou perecimento do objeto ou de concordância do credor em receber o dinheiro.

Na sentença, o juiz deve mencionar qual é o valor da coisa, já prevendo a possibilidade de que ela não possa ser restituída *in natura*. Se não houver impugnação, prevalecerá o *quantum* atribuído pelo autor na petição inicial (CPC, art. 902, *caput*). Se houver, o juiz apreciará o que foi alegado pelas partes, colherá as provas necessárias e atribuirá, na sentença, o valor adequado.

Se impossível a restituição da coisa, que pereceu ou desapareceu, o credor poderá valer-se do art. 906 do Código de Processo Civil, prosseguindo nos próprios autos para receber o equivalente em dinheiro, observando-se o procedimento da execução por quantia certa.

Ainda que o bem esteja em poder do devedor, poderá o exequente optar pelas soluções previstas nos arts. 905 e 906 do Código de Processo Civil.

Da sentença cabe apelação em ambos os efeitos.

5 A AÇÃO DE DEPÓSITO DE BENS DADOS EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência feita pelo

devedor ao credor da propriedade resolúvel e na posse indireta de um bem, como garantia de um débito, ficando o devedor com a posse direta. Feito o pagamento da dívida, o domínio resolve-se em favor do devedor.

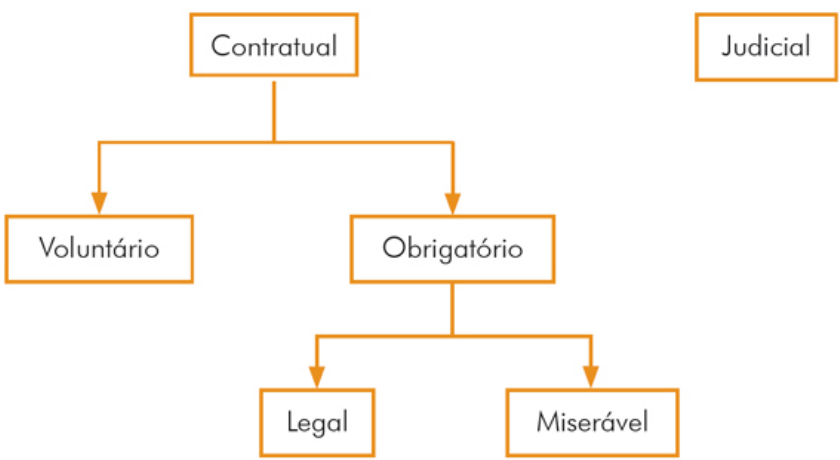
Caso o devedor não pague o débito garantido pela alienação fiduciária, o credor fiduciário poderá requerer a busca e apreensão da coisa, na forma do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69.

A comprovação da mora ou do inadimplemento do devedor é imprescindível para requerer a busca e apreensão (Súmula 72 do STJ), que será deferida liminarmente. Se o bem for apreendido e o pedido acolhido, o juiz consolidará em mãos do credor a posse plena e a propriedade, incumbindo a ele vender a coisa para pagar-se.

Porém, se o bem não for encontrado, o credor poderá requerer, nos mesmos autos, a conversão da busca e apreensão em depósito, que segue o mesmo procedimento previsto pelo Código de Processo Civil.

A única diferença, portanto, entre a ação de depósito comum e a de bens dados em alienação fiduciária é que esta é precedida de uma busca e apreensão, frustrada pela não localização da coisa. Além disso, na ação de depósito comum, o devedor só poderá livrar-se depositando o equivalente em dinheiro se a coisa houver perecido, ou se o credor assim preferir. Já nas ações decorrentes de alienação fiduciária, o devedor sempre se livrará da obrigação quando depositar o valor devido. A razão é simples: na alienação fiduciária, o credor não tem interesse na coisa em si, senão como garantia de um débito. A alienação fiduciária institui um direito real de garantia, acessório de uma dívida. Quando esta for extinta, pelo pagamento ou qualquer outro meio, estará finda também a garantia real.

Quadro sinótico – Espécies de depósito



Quadro sinótico – Depósito

A ação de depósito de bens dados em alienação fiduciária

Quadro comparativo

Capítulo III
DA AÇÃO DE ANULAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULOS AO PORTADOR

6 INTRODUÇÃO

Título ao portador é o instrumento que representa e incorpora um determinado crédito. Transmite-se por simples tradição manual, legitimando o direito de seu detentor, sem que se indague o modo como o adquiriu. É um documento que consigna uma obrigação, contraída por alguém, de pagar certa soma a quem se apresenta como seu detentor. A qualidade de credor decorre da detenção do título e varia à medida que ele é transferido.

A circulação do título faz-se por tradição, e cada vez que isso ocorre modifica-se a titularidade do crédito. São evidentes, portanto, os prejuízos que pode sofrer o legítimo detentor de um título que o perde ou é dele desapossado, pois quem o tiver consigo pode apresentar-se como verdadeiro titular do crédito, reclamando-o do devedor. Como o título tem livre circulação, o credor não será, em regra, conhecido do devedor, que pagará a quem apresentar-se com a cártula em mãos.

Os títulos ao portador são negócios jurídicos unilaterais, pois resultam de uma emissão de vontade também unilateral.

O procedimento especial dos arts. 907 e seguintes do Código de Processo Civil não se aplica aos títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, regulados pela Lei de Mercado de Capitais (Lei n. 4.728/65, art. 71), nem aos títulos cambiários ou cambiariformes, que continuam regulados por lei especial (Lei n. 2.044/08, art. 36), e que incluem as notas promissórias, letras de câmbio e cheques. Também não se aplica aos *warrants*, regulados pelo art. 27 do Decreto n. 1.102/03.

7 PROCEDIMENTO

7.1. DAS AÇÕES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Quando o detentor houver perdido o título ao portador ou houver sido injustamente desapossado, pode reivindicá-lo da pessoa que o detiver, por meio de ação reivindicatória, ou pode requerer-lhe a anulação ou ainda a substituição por outro.

7.1.1. A REIVINDICATÓRIA

Tem por objetivo permitir a recuperação da mesma cártula que, por acidente ou subtração, saiu das mãos do titular. Essa ação pressupõe que se conheça o destino do título ao portador e em que mãos ele se encontra. A reivindicatória não tem procedimento especial e deve processar-se pelo rito comum.

O Código Civil anterior cuidava da hipótese de perda ou furto de título ao portador, permitindo a sua recuperação. Dispunha o art. 521 do Código antigo que "aquele que tiver perdido, ou a quem houverem sido furtados, coisa móvel, ou título ao portador, pode reavê--los da pessoa que os detiver, salvo a esta o direito regressivo contra quem lhos transferiu". Esse dispositivo limitava, portanto, a recuperação do título às hipóteses de furto e roubo. O art. 907 do Código de Processo Civil estende, porém, essa possibilidade a toda situação em que houver desapossamento injusto. Ora, essa expressão é genérica e abrange situações que vão muito além do furto. Todas as vezes que o possuidor se desfizer do título contra a sua vontade, ou por motivo injusto, ele terá possibilidade de reavê-lo, por meio da reivindicatória, que pode ser movida até contra terceiro de boa-fé. O novo Código Civil não repetiu o que dispunha o art. 521 do anterior. Diante disso, não restam mais dúvidas de que a recuperação não se limita às hipóteses de perda ou furto, mas estende-se a todas em que houver desapossamento injusto.

O adquirente demandado deverá requerer a denunciação da lide ao alienante, de quem houve a coisa, para precaver-se dos riscos da evicção (CPC, art. 70, I). Trata-se de situação em que a denunciação da lide é obrigatória, por força do disposto no art. 456 do Código Civil.

Porém, se o título ao portador tiver sido adquirido por terceiro de boa-fé em bolsa ou leilão público, o dono que pretenda a restituição é obrigado a indenizar ao adquirente o preço que este pagou, ressalvado o direito de reavê-lo do vendedor (CPC, art. 913).

Caso o proprietário do título tema que o atual detentor apresente-se ao devedor reclamando o crédito, ele deverá valer-se das notificações, previstas nos arts. 867 e seguintes do Código de Processo Civil, cientificando o devedor dos fatos ocorridos.

7.1.2. A SUBSTITUIÇÃO

Quando o título tiver sido completamente destruído, será possível requerer-lhe a substituição. Assim, verificado que o documento foi queimado, p. ex., em um incêndio, pode o titular requerer que ele seja substituído por outro. Por razões evidentes, em casos assim, não cabe a reivindicação, nem é necessária a anulação do título, pois não faz sentido anular o que não mais existe. Difere da hipótese da perda do título, em que existe a possibilidade de que ele seja encontrado por alguém e esteja em mãos alheias.

Portanto, a ação de substituição não será precedida pela de anulação. O procedimento a ser seguido não é o especial, dos arts. 907 e seguintes, mas o

comum.

7.1.3. A ANULAÇÃO E A SUBSTITUIÇÃO

Quando o título ainda existir, mas for impossível a sua recuperação, ou demasiado difícil, pode o interessado optar pela anulação e a substituição daquele extraviado ou subtraído por um novo, que incorpore a mesma obrigação.

Pretende-se com isso retirar do título anterior a sua eficácia, atribuindo-a a um novo. A obrigação é idêntica, mas a eficácia para exigi-la é extraída da cártula anterior e dada a outra.

O Código Civil consagra, no art. 909, a possibilidade de declaração da caducidade de títulos extraviados e a sua substituição por outros. Com isso, a cártula anterior perde a sua eficácia, que passa a ser atribuída exclusivamente a outra. Daí a natureza constitutiva negativa dessa espécie de ação, que desconstitui a eficácia anterior da cártula, atribuindo-a a uma nova.

A petição inicial nessa espécie de ação deve indicar a quantidade, espécie, valor nominal do título e atributos que o individualizem, a época e o lugar em que o requerente o adquiriu, as circunstâncias em que o perdeu e quando recebeu os últimos juros ou dividendos (CPC, art. 908, *caput*). Todos esses dados devem estar contidos na petição inicial, sem prejuízo do cumprimento do art. 282 do Código de Processo Civil.

A razão dessas exigências é simples: como se pretende a caducidade da cártula anterior e a sua substituição por outra, com a mesma eficácia, é necessário que ela esteja perfeitamente descrita e individualizada.

O autor requererá a citação do detentor, e, por edital, de terceiros interessados, para contestarem o pedido. À evidência, só se fará a citação pessoal do detentor quando este for conhecido. Nos casos de extravio ou subtração, em que não se conhece o paradeiro do título, só serão citados os terceiros interessados, por edital. Não será necessária a nomeação de curador especial. A situação assemelha-se à das ações de usucapião, em que eventuais interessados são citados por edital, sem que seja preciso curador especial para defendê-los. Diversa será a hipótese se for conhecido o detentor, mas ele estiver em local ignorado, exigindo citação por edital. Nesse caso, o juiz nomeará curador especial, para apresentar contestação em seu favor.

Ainda na petição inicial, o autor requererá a intimação do devedor, para que deposite em juízo o capital e os juros ou dividendos vencidos ou vincendos. O devedor é a pessoa que emitiu o título. Por ser intimado, e não citado, ele não é réu nesse processo. Sua intimação tem por fim dar-lhe ciência de que o título foi extraviado ou subtraído, evitando que haja pagamento a quem se apresente indevidamente como titular.

Por último, deve ser intimada a Bolsa de Valores, para conhecimento de seus membros, a fim de que não negociem os títulos. Com essa providência, visa-se evitar, ou ao menos dificultar, a circulação destes.

Para que o juiz determine a citação do réu, o autor deve justificar satisfatoriamente os fatos alegados, seja por meio de documentos, seja por testemunhas, caso em que será necessária a designação de uma audiência de

justificação. Caso o autor não o consiga, o juiz indeferirá a petição inicial.

O prazo de contestação nessa espécie de ação é, à falta de previsão legal, de quinze dias, tal como no procedimento ordinário. Exige-se que o réu, para contestar, apresente o título reclamado (CPC, art. 910, parágrafo único). No entanto, essa exigência deve ser mitigada, de acordo com o conteúdo da contestação, sob pena de serem produzidas graves injustiças.

É possível, por exemplo, que o título esteja legitimamente com o devedor e que ele queira alegar a licitude de sua posse. Porém, pode ocorrer que, na data da contestação, o réu já tenha feito circular a cártula, como lhe era facultado. Assim, o juiz deve sopesar a exigência do art. 910, *caput*, à luz do que foi alegado e das provas produzidas, deixando de conhecer o conteúdo da contestação apenas quando ficar demonstrado que haja recusa injusta do réu em apresentar o título.

Caso seja oferecida e recebida a contestação, o processo seguirá pelo rito ordinário. A falta de contestação permitirá ao juiz, desde logo, proferir sentença.

Procedente o pedido, duas serão as consequências: o juiz declarará a caducidade do título reclamado e ordenará ao devedor que lavre outro em substituição, dentro do prazo que a sentença lhe assinar. Haverá uma situação curiosa, pois a ordem é dada ao devedor, que não foi parte no processo. Não tendo havido condenação dele, que não integrou a relação jurídica processual, não há como executar contra ele a sentença.

Havendo recalcitrância do devedor, a melhor solução parece-nos a apontada por Adroaldo Furtado Fabrício: "se o autor pretende compelir o devedor recalcitrante à recartulação, outro caminho não se lhe abre senão a ação tendente a condená-lo à prestação de fato, admitida a cominação de pena pecuniária e a possível cumulação de pedido de perdas e danos, se tiverem ocorrido. Não se objete que a cognição judicial representaria uma repetição da que se desenvolvera na precedente ação de anulação. Embora o objeto possa ser em parte idêntico, outras serão as partes e o devedor só então terá oportunidade de produzir alegações e provas" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 300).

7.1.4. A SUBSTITUIÇÃO EM CASO DE DESTRUIÇÃO PARCIAL

Pode acontecer que o título ao portador tenha sofrido destruição parcial. O Código Civil não contém dispositivo atribuindo ao interessado a possibilidade de requerer a sua substituição, mas o art. 912 do Código de Processo Civil permite ao portador fazê-lo.

Para que haja parcial destruição, o título não pode mais apresentar todos os elementos necessários à sua identificação e circulação, pois se isso ocorrer faltará ao requerente interesse de agir. Assim, se o indispensável para que o título valha como tal ainda estiver presente, desnecessária a substituição.

Por outro lado, a destruição não pode ser tal que não permita identificar nenhum dos elementos da cártula primitiva. Se aquilo que restar for insuficiente para permitir qualquer espécie de identificação ou circulação do documento, haverá destruição total, seguindo-se o procedimento já analisado.

Os fragmentos, isto é, aquilo que restou da cártula originária, devem ao menos servir de prova da existência e da parcial destruição do título. Do contrário, a perda terá de ser considerada total.

A petição inicial deve vir instruída com os fragmentos do título originário, que servirão como prova de sua existência e de seu conteúdo. Não há necessidade de serem tomadas as providências previstas no art. 908 do Código de Processo Civil.

O réu, citado, terá prazo de dez dias para apresentar contestação. Se não o fizer, o juiz o considerará revel e proferirá, desde logo, a sentença, determinando que ele substitua o título antigo por um novo. Caso o réu apresente contestação, o procedimento será o ordinário.

7.2. A COMPETÊNCIA

A ação reivindicatória deve ser ajuizada no foro de domicílio do réu, seguindo a regra geral das ações reais sobre os bens móveis (CPC, art. 94).

Nas ações de anulação e substituição do título, a competência será dada pelo domicílio do devedor, isto é, do subscritor ou emissor do título, haja vista a regra especial do art. 100, III, do Código de Processo Civil.

Quadro sinótico – Ação de anulação e substituição de títulos ao portador

Capítulo IV
DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

8 INTRODUÇÃO

Aquele que administra bens, negócios ou interesses alheios deve prestar contas. Ao fazê-lo, exporá, pormenorizadamente, todos os componentes de crédito e débito que provierem da relação jurídica, apontando o resultado aritmético do saldo credor ou devedor.

Quem deve prestar contas pode ter saldo a receber ou débito a pagar, mas precisa aclarar o resultado de sua gestão. A possibilidade de ser credor não o exime de cumprir esse dever, pois só depois de apresentadas as contas é que serão conhecidos, parcela por parcela, os componentes positivos e negativos resultantes da relação.

São variadas as situações em que há o dever de prestar contas. O Código Civil obriga o tutor e o curador, em face do tutelado e do curatelado (arts. 1.755 e 1.774); o sucessor provisório, em relação aos bens do ausente (art. 33); o inventariante e o testamenteiro (arts. 2.020 e 1.980) e o mandatário em relação ao mandante (art. 668). No Código de Processo Civil também há dispositivos impondo esse dever ao administrador da massa na insolvência, ou do imóvel ou empresa no usufruto executivo; ao curador da herança jacente e, eventualmente, ao depositário judicial.

No Direito Comercial, a obrigação de dar contas é frequente nas sociedades e nos contratos de comissão e mandato mercantil. O síndico da falência também tem esse dever.

9 A AÇÃO DE EXIGIR E A DE PRESTAR CONTAS

Ao dever de prestar contas contrapõe-se o direito de exigi-las. Duas ações podem resultar disso: a que tem por finalidade exigir contas de quem deve prestá-las e a que objetiva dar contas a quem pode exigi-las, desobrigando aquele que tinha o dever de fazê-lo.

O interesse daquele que as presta é manifesto ao ajuizar a ação, pois só assim poderá desonerar-se de seu encargo, sem prejuízo de cobrar eventual saldo devedor, resultante das relações jurídicas com a parte contrária.

Ambas as ações têm caráter dúplice. Isso significa que o réu não precisa reconvir para cobrar o saldo que for apurado em seu favor. Portanto, se as contas apontarem saldo em favor do autor, ele poderá cobrá-lo pela via executiva; idêntica possibilidade terá o réu, caso verifique-se saldo em seu

benefício. Não haverá sequer necessidade de que o réu peça, na contestação, o reconhecimento de seu direito a cobrar aquilo que lhe for favorável, pois essa faculdade decorre de lei (CPC, art. 918).

Estão, portanto, legitimados a demandar aqueles que têm o direito de exigir e o dever de prestar as contas. O polo ativo será ocupado por quem tomar a iniciativa.

Já foi decidido que "ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos. O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que 'o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas'" (*RSTJ*, *60*:219). A Súmula 259 do STJ autoriza os titulares de contas-correntes bancárias ao ajuizamento de ação de prestação de contas.

Nas sociedades comerciais, qualquer sócio pode exigir contas daqueles que estão gerindo ou administrando a empresa (*RT*, *740*:254).

O consorciado também está legitimado a demandar a administradora para obrigá-la a dar contas, ainda que esteja inadimplente, mesmo que o grupo ainda não esteja encerrado. Em regra, o contrato de adesão condiciona a restituição das parcelas já pagas, em caso de desistência, a que tenham decorrido trinta dias do encerramento do grupo. Mas essa condição não se impõe à prestação de contas. O egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo já decidiu: "A empresa administradora de grupos de consorciados, como gestora de bens alheios, tem a obrigação de prestar contas aos aderentes. Não basta que se limite a apresentar planilhas informatizadas, incompletas, de difícil entendimento. Na forma da lei, as contas devem ser apresentadas em forma mercantil, isto aliás como regra geral e como decorrência da boa-fé que deve imperar nos contratos em geral, de modo a mostrar, sem pálio de dúvida, a posição do consorciado... O fato de o consorciado estar inadimplente não lhe retira o direito de pedir prestação de contas. O mesmo se diga quanto ao fato de o grupo ainda não estar terminado. Não está obrigado o contratante a esperar a extinção do grupo para pedir a demonstração de contas" (*JTACSP*, Lex, *133*:149).

No condomínio em edifícios, já ficou assentado que "o síndico, considerado tradicionalmente pela doutrina como um mandatário do condomínio, é quem, em nome deste, pode exigir contas do administrador, não os condôminos. Já o síndico, nos termos da Lei n. 4.591, de 1964, deve contas à Assembleia Geral (art. 22, § 1º, *f*) e ao Conselho Consultivo (art. 23), como consta, também, da Convenção Condominial, mas não as deve aos condôminos individualmente. Se, porém, não as presta à Assembleia e ao Conselho Consultivo, nem esse órgão as pede, os condôminos, aí sim, podem exigi-las do síndico" (*JTJ*, *180*:41).

Só há interesse de agir para a propositura das ações de exigir ou de prestar contas quando houver recusa ou mora em prestá-las ou recebê-las, ou quando houver divergência entre as partes quanto às parcelas de débito e crédito. Se as contas forem prestadas e aceitas extrajudicialmente, carecerá o autor de interesse para demandar.

10 PROCEDIMENTO DA AÇÃO PARA EXIGIR CONTAS

É possível distinguir duas fases distintas no procedimento da ação proposta por aquele que pode exigir as contas. Cada uma delas tem objeto próprio: na primeira, cabe apurar se o autor tem ou não o direito de obrigar o réu a prestar as contas. Caso a resposta seja negativa, não se passará à etapa seguinte. A resposta positiva abrirá a segunda fase, em que será examinado o conteúdo das contas prestadas e se há saldo em favor do autor ou do réu. As duas fases têm natureza cognitiva. Somente depois do encerramento de ambas é que se passará à execução, caso seja apurado saldo remanescente.

A petição inicial deve cumprir as determinações do art. 282 do Código de Processo Civil, observando-se as peculiaridades do art. 915. Será requerida a citação do réu para, no prazo de cinco dias, apresentar as contas ou contestar a ação.

Citado, pode o réu tomar diversas atitudes, que repercutirão sobre o procedimento a ser observado.

Pode ocorrer que ele opte por apresentar desde logo as contas, sem contestar. Nesse caso, a primeira fase do procedimento estará superada, podendo-se passar desde logo para a averiguação do conteúdo das contas prestadas. Há, com isso, uma simplificação procedimental, pois a fase inicial ter-se-á tornado despicienda, permitindo a antecipação da seguinte.

O réu pode também optar por prestar as contas, mas contestar as alegações do autor. Ora, a apresentação das contas, desde logo, implica o reconhecimento jurídico do dever de prestá-las, e isso conduzirá à supressão da primeira fase procedimental. Passa-se diretamente à segunda etapa, de apuração do conteúdo das contas, quando então poderá o juiz apreciar tudo aquilo que o réu alegou em seu favor. Não mais poderá ser conhecida, porém, a alegação de inexistência da obrigação de dar contas, pois, desde que elas foram apresentadas, reconheceu-se o dever de fazê-lo.

É possível que o réu não conteste nem apresente as contas, tornando-se revel. A consequência será a de presumirem-se verdadeiros os fatos alegados na petição inicial, julgando-se antecipadamente a lide, salvo se presente hipótese em que a revelia não produz os seus efeitos.

Acolhendo o pedido, o juiz proferirá sentença determinando que o réu preste as contas no prazo de quarenta e oito horas, sob pena não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

Pode o réu, por fim, recusar-se a apresentar as contas e oferecer contestação, alegando que não tem a obrigação que lhe é atribuída. Se isso ocorrer, a ação tomará, nessa primeira fase, o rito ordinário, permitindo-se a produção de todas as provas relevantes. Ao final, o juiz decidirá se o réu tem ou não razão na sua recusa. Somente em caso negativo é que se passará à segunda fase do procedimento.

Em qualquer circunstância, pode o requerido apresentar as exceções rituais. A reconvenção é possível, apesar do caráter dúplice da prestação de contas, pois só falta interesse de agir para que o réu postule a cobrança de

eventual saldo em seu favor. No entanto, por meio de reconvenção, ele pode veicular pretensão conexa que não a de exigir o que tenha de crédito.

A primeira fase da ação de exigir contas encerra-se com uma sentença. Quando houver improcedência do pedido ou extinção sem julgamento de mérito, nenhuma discussão pode surgir a respeito da natureza do ato judicial praticado, já que ele põe fim ao processo. Quando, porém, houver acolhimento, estará encerrada somente a primeira fase, abrindo-se um novo momento procedimental, o que poderia levar à conclusão de se estar diante de uma decisão interlocutória. A dicção do art. 915, § 2º, não deixa dúvidas, contudo: o ato judicial que põe fim à primeira fase, acolhendo o pedido, é a sentença, e o recurso apropriado para impugná-lo é a apelação. O réu é condenado a prestar contas, sob pena de não poder impugnar as que forem prestadas pelo autor. Trata-se, portanto, de decisão condenatória, de caráter cominatório.

Como a apelação tem efeito devolutivo e suspensivo, a segunda fase do procedimento não pode iniciar antes que ela seja apreciada.

A determinação judicial tem de ser cumprida pelo réu em quarenta e oito horas. Se ele o fizer, seguir-se-á o procedimento do § 1º do art. 915 do Código de Processo Civil: o autor terá cinco dias para manifestar-se sobre as contas apresentadas, o juiz determinará as provas que forem necessárias e depois proferirá sentença. O silêncio do autor será interpretado como anuência, implicando a aprovação judicial delas.

Caso o réu não obedeça no prazo, ao autor será facultado oferecer, ele próprio, as contas, no prazo de dez dias, vedando-se ao réu a possibilidade de impugná-las. Não ficará, porém, o juiz adstrito a aceitar como boas as contas prestadas nessa forma, devendo decidir segundo seu prudente arbítrio. Sempre que necessário, pode ser determinada a perícia contábil. Se o autor e o réu forem omissos, o processo não terá como prosseguir. Para pôr cobro a essa situação, o juiz mandará o autor apresentar as contas, ainda que tardiamente, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, como manda o art. 267, III, do Código de Processo Civil.

Também essa segunda fase termina com uma sentença, que não se limitará a declarar boas ou más as contas prestadas, mas condenará autor ou réu a pagar o saldo devedor que ficar apurado.

11 PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE DAR CONTAS

Ao contrário da anterior, essa ação não se desdobra em duas fases, caracterizando-se pela unidade estrutural. Sua finalidade é desobrigar aquele que deve as contas e que não pode prestá-las extrajudicialmente, ou porque a lei determina que a prestação seja judicial, ou porque a parte contrária recusa-se a recebê-las e dar quitação. Não há razão para a dualidade de etapas, pois se o obrigado espontaneamente toma a iniciativa, é porque reconhece seu dever de dar as contas.

A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. O autor requererá a citação do réu para, no prazo de cinco dias, aceitar as contas prestadas ou contestar. Evidente que as contas, com toda a documentação necessária a demonstrá-las, deverá acompanhar a petição inicial.

O réu pode aceitá-las, expressamente, em reconhecimento jurídico do pedido, caso em que o juiz proferirá sentença, na forma do art. 269, II, do Código de Processo Civil.

Pode ocorrer que o réu não aceite nem apresente contestação, mas silencie. Haverá, então, revelia, que implica o reconhecimento, como verdadeiros, dos fatos alegados na inicial, com julgamento antecipado da lide, salvo hipóteses em que ela não produza seus efeitos típicos. Ainda que o réu não conteste, o juiz não está obrigado a aprovar as contas prestadas, pois a presunção de veracidade é relativa, devendo o juiz examiná--la à luz dos demais elementos de convicção que constem dos autos.

Por fim, há a hipótese de o réu contestar. Ao fazê-lo, pode negar a existência de relação jurídica com o autor que justifique as contas e impugnar as que foram apresentadas. A partir daí o procedimento será ordinário: se não houver necessidade de provas, o juiz proferirá julgamento antecipado da lide. Do contrário, determinará as que forem necessárias, designará audiência de instrução e julgamento, se preciso, e proferirá sentença.

12 FORMA EM QUE AS CONTAS DEVEM SER PRESTADAS

De acordo com o disposto no art. 917 do Código de Processo Civil, as contas serão apresentadas em forma mercantil, com a especificação das receitas e despesas e a apuração do respectivo saldo, acompanhadas dos documentos necessários a justificá-las.

A forma mercantil consiste na discriminação dos créditos e débitos, separadamente, com indicação resumida de sua origem e destino. Os lançamentos serão feitos em ordem cronológica. A finalidade é facilitar à parte contrária impugnar os cálculos oferecidos, que ficariam sobremodo confusos, se apresentados aleatoriamente.

Todos os documentos que o apresentante tiver em seu poder, para comprovar despesas ou créditos, devem ser mostrados. Caso não haja prova escrita de alguns deles, pode ser requerida, em substituição, a testemunhal ou a técnica.

O descumprimento, pelo autor, das exigências formais permite à parte contrária impugnar as contas apresentadas.

Reconhecida, na sentença, a existência de saldo credor, será possível ao titular cobrá-lo em execução forçada. Infeliz, nesse passo, a redação do art. 918 do Código de Processo Civil, que menciona o “saldo declarado em sentença”, pois não há uma declaração, mas uma condenação, que se executa nos próprios autos.

13 PRESTAÇÃO DE CONTAS POR DEPENDÊNCIA

Aqueles que administram bens alheios em razão de encargo judicial devem prestar contas de sua gestão, em apenso aos autos do processo em que eles foram nomeados. É o que ocorre, p. ex., com o inventariante, tutor, curador, depositário e outro administrador qualquer.

As contas serão prestadas por determinação do juízo ou a requerimento do Ministério Público, sem constituir uma ação autônoma, mas um incidente, processado em apenso. Elas serão apreciadas pelo juiz que preside o processo em que o apresentante foi nomeado.

No entanto, pode ocorrer que um dos interessados queira exigir contas daquele que administrou os seus bens. P. ex., pode o herdeiro demandar o inventariante, exigindo as contas de sua gestão à frente do espólio. Nesse caso, haverá verdadeira ação, a ser distribuída por dependência e apensada. A razão é manifesta: o juízo onde se processou a ação principal está mais bem aparelhado para julgar as contas, visto que tem à sua disposição o processo em que o encargo constituiu-se.

Quadro sinótico – Ação de prestação de contas

Ação de dar contas

Capítulo V
DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

14 INTRODUÇÃO

O art. 1.196 do Código Civil define possuidor: "todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade". Esse conceito mostra a clara opção do legislador pela teoria objetiva da posse, na qual ela é apresentada como exteriorização da propriedade.

Por muito tempo a doutrina procurou fixar os limites que distinguem a posse de outras relações materiais com a coisa. Muitas teorias possessórias surgiram, buscando fornecer elementos bastantes para diferenciar a posse da detenção. Duas dessas teorias destacaram-se mais que as outras: a de Savigny e a da Ihering.

De acordo com Savigny, só haveria posse se à ideia originária de apreensão física da coisa (*corpus*) fosse acrescentado um elemento subjetivo (*animus*). O *corpus* sem o ânimo de ser dono configura mera detenção. O que diferencia, portanto, a posse da detenção, na sua doutrina, é a existência ou não de um elemento subjetivo, o *animus domini*, razão pela qual ela foi denominada teoria subjetiva.

Ihering fez críticas a Savigny, propugnando pela adoção de uma doutrina objetiva. Para ele, a posse é a exteriorização da propriedade. Disso resulta que, sempre que alguém aparentar ser proprietário, terá posse, ainda que não seja efetivamente dono.

Para Ihering, essa exteriorização revela-se pelo poder de fato sobre a coisa, ou seja, pela possibilidade de utilizá-la, explorá-la economicamente e influir sobre ela. A teoria objetiva diz que a posse é protegida em homenagem à propriedade, apesar de os dois institutos não se confundirem. Ela é uma forma mais pronta e eficaz de reconhecer e identificar a propriedade, embora possa ser protegida inclusive contra o dono.

Portanto, terá posse quem exercer algum dos poderes inerentes ao domínio, tais como a utilização e a exploração da coisa.

Porém, o legislador pode, a seu critério, desqualificar certas situações em que o agente tem poder de fato sobre a coisa, atribuindo-lhe apenas detenção, que, para a teoria objetiva, é excepcional. A regra é que a exteriorização do domínio, o poder de fato sobre a coisa, gere posse. Porém, a lei pode prever o contrário, desqualificando determinada situação para mera detenção.

O Código Civil traz essas hipóteses nos arts. 1.198 e 1.208. Nesses dispositivos, descreve-se uma situação em que o agente tem poder de fato, deveria ter posse, mas por opção legislativa houve a desqualificação para

mera detenção.

Somente a posse enseja a propositura das ações possessórias, razão por que é imprescindível identificar qual a relação jurídica que o sujeito mantém com a coisa. Se mera detenção, não será possível o seu ajuizamento.

A posse, apesar de protegida em razão da propriedade, como mecanismo mais eficiente de identificar o dono, tem autonomia, e passa a ser protegida por si mesma, ainda contra o proprietário (*jus possessionis*). Essa observação é fundamental porque, embora o domínio seja o fundamento teórico da proteção da posse, o juízo possessório não se confunde com o petitório, nem é possível que este se imiscua naquele. Desde que utilizada a via possessória, a questão da propriedade torna-se irrelevante, prescindindo-se de qualquer alegação sobre quem seja efetivamente o proprietário, já que a posse é protegida até contra este.

Aquele que tem o direito real de propriedade pode reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua (direito de sequela, atribuído pelo art. 1.228, *caput*, do CC). O proprietário tem direito à posse da coisa (*jus possidendi*). Para obtê-la, deve valer-se de ação própria, de conteúdo petitório (ação reivindicatória, ou de imissão de posse, quando o adquirente quiser haver a coisa do alienante). Porém, se o proprietário tentar retomar a coisa à força, poderá ser demandado no juízo possessório, já que a posse também é protegida, e ninguém pode retomá-la senão pelos mecanismos adequados.

15 NATUREZA JURÍDICA DA POSSE

É longa a controvérsia sobre a natureza real ou pessoal da posse. Para muitos, o caráter real pode ser justificado pela localização dela no Código Civil, pois é a posse que abre o Livro III — Do Direito das Coisas. Mas esse critério não pode ser aceito. A posse está tratada naquele Livro porque é protegida como exteriorização do domínio, este sim direito real por excelência.

No entanto, a posse possui um caráter pessoal que parece prevalecer, por vários argumentos. Ela não foi elencada entre os direitos reais, enumerados pelo art. 1.225 do Código Civil, lembrando-se sempre que esses direitos são *numerus clausus*. Ademais, não é dotada de sequela plena, pois não se pode admitir ação possessória contra terceiros de boa-fé (CC, art. 1.212).

A opção do legislador pelo caráter pessoal evidenciou-se com a explicitação, pelo art. 10, § 2º, do Código de Processo Civil, da desnecessidade de outorga uxória nas ações possessórias, ressalvadas as hipóteses de composse ou ato praticado por ambos os cônjuges. Como nas ações reais a outorga uxória é imprescindível, a dispensa para as possessórias é sintomática, indicando a opção legislativa.

16 DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

A posse gera uma série de consequências e efeitos. Dentre outros, pode-se citar o usucapião, a aquisição dos frutos colhidos pelo possuidor de boa-fé e o direito a indenização por benfeitorias.

Mas o mais característico dos efeitos é a proteção possessória, que independe da existência de qualquer outro direito sobre a coisa, atribuindo-se ao possuidor o direito de permanecer na posse até que ela lhe seja tirada por mecanismos processuais adequados, e muitas vezes demorados.

As ações possessórias não esgotam os modos de proteger a posse, pois o legislador civil atribuiu ao seu titular a possibilidade de valer-se da autotutela, empregando o desforço imediato e a legítima defesa.

Em juízo, a proteção faz-se por meio dos interditos, que são apenas três: a reintegração, a manutenção de posse e o interdito proibitório, nos quais é vedada a interferência da questão dominial, reservada ao juízo petitório. Outras ações podem veicular a questão da posse, mas não são possessórias, como os embargos de terceiro e a nunciação de obra nova, em que são legitimados o proprietário ou o possuidor.

A escolha entre as três ações possessórias depende da espécie de agressão praticada contra a posse. O procedimento variará conforme o tempo que tenha decorrido desde a data dessa agressão.

O possuidor esbulhado, turbado ou ameaçado há até um ano e um dia tem o direito de reaver a coisa liminarmente, o que significa que a ação correrá pelo rito especial. Superado o prazo de ano e dia, ainda assim ele tem o direito de reaver a sua posse, devendo utilizar, todavia, o procedimento ordinário.

17 CLASSIFICAÇÃO DA POSSE

São vários os critérios para classificar a posse. Para o julgamento da ação, porém, será fundamental apurar se a posse do réu é ou não injusta em relação ao autor.

Portanto, entre as muitas classificações, a que vai influir diretamente sobre o julgamento da ação possessória é a que distingue entre a posse justa e a injusta.

Para o art. 1.200 do Código Civil, posse justa é aquela que não é violenta, clandestina ou precária.

A violência, a clandestinidade e a precariedade, vícios da posse, dizem respeito ao modo como ela foi adquirida. Se com emprego de força ou grave ameaça, ela será injusta por violência; se às ocultas, sorrateiramente, será clandestina; por último, se houver inversão da *causa possessionis*, pela recusa daquele que recebeu a coisa em restituí-la, haverá precariedade.

Em todas essas circunstâncias, como a posse foi obtida ilicitamente, ela será injusta, permitindo que aquele que foi esbulhado pela violência, clandestinidade ou precariedade ajuíze ação possessória contra quem o esbulhou.

O art. 1.200 do Código Civil, porém, não esgota as hipóteses em que a posse é viciosa. Há situações de esbulho evidente, sem que estejam presentes quaisquer dos três vícios enumerados. Aquele que pacificamente ingressou em terreno alheio, à luz do dia, sem ocultar de ninguém a invasão, terá perpetrado esbulho e será demandado, sem que se possa identificar em qual dos três vícios ele incorreu.

Melhor seria que o legislador brasileiro não tivesse enumerado os vícios, dizendo que a posse é viciosa sempre que obtida de forma ilícita, sem autorização, por força própria proibida.

Uma qualidade essencial dos vícios da posse é que são sempre relativos, isto é, a posse é viciosa sempre em relação a alguém. Assim, aquele que esbulha um imóvel será possuidor injusto em relação à vítima. No entanto, instalado na coisa, esse esbulhador será protegido contra terceiro que tente uma nova invasão.

Ao apreciar a ação possessória, o juiz deve levar em conta o caráter relativo dos vícios da posse, limitando-se a apreciar se a posse do réu é injusta ou não em relação ao autor. É irrelevante para o desfecho da ação que a posse das partes seja justa ou injusta em relação às pessoas que não integram a demanda. Não é útil, p. ex., ao réu defender-se alegando que esbulhou a posse do autor, mas que este a tomou de outrem, anteriormente.

18 PECULIARIDADES DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

18.1. A FUNGIBILIDADE

Já foi dito, em outra passagem, que são três as ações possessórias: a reintegração, que deve ser a escolhida quando houver esbulho; a manutenção, quando houver turbação; e o interdito proibitório, nas hipóteses de ameaça.

Aquele que deseja valer-se delas deve, portanto, verificar qual o tipo de agressão que a sua posse sofreu e então ajuizar a demanda adequada.

Necessário que se identifique e se distinga o esbulho da turbação, e ambos da ameaça. O legislador relegou essa tarefa à doutrina e à jurisprudência, e não forneceu elementos para tal distinção.

O esbulho é o ato pelo qual alguém priva outra pessoa, contra a vontade dela, do poder de fato sobre a coisa. Essa privação pode ser total ou parcial, mas deve ser ilícita, e não se configura se houver apenas um incômodo ou embaraço para a utilização da coisa.

Já na turbação, a vítima mantém consigo o bem, embora sofra uma restrição, um incômodo em sua posse.

Distinguem-se os dois institutos porque no primeiro há a perda da posse (*vis expulsiva*), enquanto no segundo o possuidor mantém a coisa consigo, embora a sua utilização fique prejudicada ou dificultada (*vis inquietativa*).

Na ameaça, ainda não existe a prática de um ato material, concreto, efetivo, de agressão, mas há um perigo iminente de que isso possa ocorrer. As circunstâncias devem ser tais que provoquem no possuidor justo receio de vir a ser turbado ou esbulhado.

Postas as distinções, parece fácil identificar qual a espécie de agressão que a posse sofreu. E de fato o é em muitas ocasiões. No entanto, há certas situações em que a vítima terá muita dificuldade em fazê-lo.

Assim, quando há o ingresso do invasor em uma pequena porção da área ocupada pelo possuidor, poderá surgir dúvida se ocorreu esbulho parcial ou turbação. Fica difícil determinar, com precisão, quais os limites que separam uma coisa da outra. Às vezes, o turbador incomoda de tal maneira o possuidor, reduzindo a tão pouco a sua possibilidade de utilizar a coisa, que a situação passa a avizinhar-se do esbulho.

Pode haver dificuldades até para distinguir entre esbulho e ameaça, embora no primeiro já haja ato concreto de agressão enquanto na segunda, apenas a possibilidade de o ato vir a ocorrer. Mas, p. ex., se a ameaça incute tamanho temor que a vítima se vê obrigada a abandonar o imóvel, surgirá dúvida se houve mesmo ameaça ou esbulho.

Preocupado com essa dificuldade, e considerando que a lei material não forneceu os meios necessários para permitir uma distinção exata entre as três formas de agressão, o legislador processual solucionou o problema, admitindo, no art. 920 do Código de Processo Civil, a fungibilidade dos interditos. Em razão disso, "A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados".

Em outras áreas do processo civil, admite-se igualmente a fungibilidade, como nos recursos e nas ações cautelares. A razão é sempre a mesma: a eventual dificuldade que pode existir para identificar qual a melhor ou a mais adequada providência jurisdicional a ser pleiteada e a ser concedida.

No sistema recursal, a fungibilidade é admitida, pois continuam a existir situações de dúvida objetiva sobre a natureza do ato judicial praticado, se sentença ou decisão interlocutória. Nas ações cautelares, porque incumbe ao juiz tomar aquela providência que seja a mais adequada para arredar o perigo da demora do provimento jurisdicional, facultado a ele conceder medida diversa daquela solicitada, desde que mais apropriada, em face do poder geral de cautela.

Nas ações possessórias, a fungibilidade justifica-se pela dificuldade em identificar a espécie de agressão à posse e pela possibilidade de que essa agressão venha a alterar-se no curso da demanda.

Sem o seu acolhimento, o juiz ficaria absolutamente adstrito ao pedido, e não poderia apreciar senão aquilo que foi pleiteado na petição inicial, sob pena de a sentença ser *extra petita*. Em face do art. 920 do Código de Processo Civil, terá o juiz maior liberdade para apreciar qual a providência

mais adequada para proteger o autor, sem correr o risco de decidir além ou diferentemente do que foi pedido.

No entanto, a fungibilidade restringe-se às três ações já mencionadas, inexistindo entre um interdito possessório e um que não o seja. Portanto, não pode o juiz valer-se dela para julgar ação possessória como se fosse petitória ou vice-versa.

Em dois casos a fungibilidade será útil: naquele em que houver dificuldade para identificar se a agressão constitui esbulho, turbação ou ameaça e naquele em que, no curso do processo, modifica-se a forma de ofensa à posse.

No primeiro caso, deve haver dúvida objetiva sobre qual a natureza da ofensa, o que significa que não se poderá admitir a fungibilidade se houver erro grosseiro e não for possível discussão quanto à natureza da agressão perpetrada. O juiz deve verificar aquilo que está provado e conceder a providência mais adequada, ainda que não corresponda à que foi pedida. Não há necessidade de que o interdito seja expressamente convertido em outro, bastando que o juiz outorgue, ao final, o provimento mais apropriado.

Maiores dificuldades poderão surgir para a aplicação do princípio da fungibilidade nas hipóteses em que houver modificação da ofensa no curso da demanda. É possível que, em princípio, tenha havido somente ameaça ou turbação, e que, depois de proposta a ação de interdito proibitório ou de manutenção de posse, o agressor consume o esbulho.

Caso isso ocorra, será aplicável o princípio da fungibilidade, devendo o autor levar o fato ao conhecimento do juiz e produzir as provas necessárias no sentido de demonstrar que a ofensa se modificou, o que pode ser feito até a prolação da sentença.

18.2. A CUMULAÇÃO DE DEMANDAS

Uma outra peculiaridade dos interditos é a possibilidade de cumular ao pedido possessório o de: "I — condenação em perdas e danos; II — cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; III — desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse".

A particularidade não está na possível cumulação de demandas, que é sempre permitida, desde que obedecidas as condições do art. 292 do Código de Processo Civil. O que há de novo é a possibilidade de que esses pedidos sejam cumulados sem prejuízo do rito especial, isto é, sem óbice a que o juiz conceda a liminar possessória.

De acordo com a regra geral do art. 292 e parágrafos, a cumulação só pode existir quando seja adequado para todos os pedidos o mesmo tipo de procedimento, salvo quando for possível empregar-se, para todos, o ordinário.

Ora, a reparação de danos e o desfazimento de construções e plantações obedecem ao procedimento ordinário. Assim, a aplicar-se a regra geral, só seria possível cumulá-los ao pedido possessório se este corresse também pelo rito ordinário, o que inviabilizaria a concessão da liminar. A novidade,

porém, está na possibilidade de cumulação sem prejuízo do rito especial.

Outros pedidos também poderão ser cumulados, além daqueles mencionados no art. 921 do Código de Processo Civil, desde que observadas as disposições do art. 292. Assim, nada impede que se cumule um pedido de rescisão contratual e de reintegração de posse. Essa cumulação, todavia, seguirá a regra geral, e só será admitida se ambas as demandas seguirem pelo rito ordinário, o que inviabilizará a liminar.

A possibilidade de cumulação daqueles pedidos elencados no art. 921 não significa que eles possam ser implícitos. A petição inicial deve mencionar, expressamente, quais os que o autor pretende ver atendidos: se só o possessório, ou também o de indenização, e os demais.

A existência das perdas e danos deve ficar apurada no curso da demanda, não se podendo remeter a sua apreciação para futura liquidação ou execução. Passível de ser apurado posteriormente é o *quantum debeatur*.

Dentre os pedidos cumuláveis, mencionados no art. 921, o que pode trazer maior dificuldade é a cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho. Essa pena tem caráter pecuniário e a sua aplicação está condicionada a um evento futuro e incerto: a prática de novo esbulho ou turbação. Trata-se, portanto, de obrigação condicional. O seu valor é fixo, diversamente do que ocorre com as *astreintes*, que se elevam todos os dias, impondo ao réu uma obrigação de não fazer, qual seja, não praticar novo esbulho ou nova turbação.

Transitada em julgada a sentença que fixou a sanção cominatória, cumpre apreciar o que ocorrerá se o réu reincidir, perpetrando novo esbulho ou turbação. Evidentemente a multa será devida, cabendo apreciar se poderá ser executada nos próprios autos ou se terá de ser cobrada em ação autônoma, dependente de prévio processo de conhecimento, no qual se verifique se ocorreu ou não o fato gerador da multa.

O art. 572 do Código de Processo Civil estabelece que "quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo".

A leitura desse dispositivo demonstra a possibilidade da existência de uma sentença cuja execução esteja na dependência de uma condição. Assim, será possível a execução da multa nos próprios autos, desde que implementada a condição. A prova dessa circunstância deve acompanhar a petição inicial, o que produzirá outra dificuldade, já que a demonstração da existência de um novo esbulho ou nova turbação dificilmente é feita por documentos, mas por testemunhas ou perícia, inadmissíveis no bojo da execução.

Se for possível provar por documentos a existência de nova turbação ou esbulho, nada obsta que a execução da multa seja feita nos mesmos autos, aplicando-se o art. 572 do Código de Processo Civil. Porém, se for necessária a produção de prova oral ou pericial, o interessado deverá ajuizar nova ação de conhecimento para cobrança da multa.

Uma observação importante é que, julgada procedente a ação com trânsito em julgado e cumprido o mandado de reintegração de posse, a prática

de outro esbulho, em idênticas circunstâncias e pelas mesmas pessoas, não exigirá a propositura de nova possessória, bastando ao interessado requerer o revigoramento do mandado.

18.3. O CARÁTER DÚPLICE

O art. 922 do Código de Processo Civil permite ao réu, "na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor".

Tal dispositivo, que permite ao réu formular pedido na contestação, atribui caráter dúplice às ações possessórias. Por isso a contestação pode ter dois tipos de conteúdo: a defesa do réu e algum pedido deste contra o autor, que deve ser expressamente formulado, e terá de ser apreciado pelo juiz, na sentença.

Ao tratar do caráter dúplice, o legislador permite ao réu cumular o pedido de proteção possessória e o de indenização. No entanto, parece-nos possível, por simetria, que na contestação o réu ainda cumule os pedidos de desfazimento de construções e plantações e o de sanção para o caso de prática de novo esbulho ou turbação, os mesmos pedidos que o autor pode cumular na petição inicial, sem prejuízo do rito especial.

Em hipótese alguma, contudo, será permitido ao réu requerer a concessão de liminar na contestação.

Caso o réu pretenda formular pedido diverso daqueles quatro acima mencionados, não poderá valer-se do caráter dúplice, devendo utilizar, desde que preenchidos os requisitos, a reconvenção. Assim, se o réu quiser pedir uma rescisão de contrato com a qual o pedido principal mantenha conexão, deve valer-se da reconvenção. Quanto àqueles quatro pedidos, ele não tem interesse para reconvir, devendo formulá-los na contestação.

18.4. A EXCEÇÃO DE DOMÍNIO

Já se ressaltou que o juízo possessório não se confunde com o petitório, e que a titularidade do domínio é relevante para este, mas não para aquele, porque a posse pode ser protegida até mesmo contra o proprietário. Porém, a possibilidade de interpenetração entre os dois juízos remanesce controversa.

A redação do art. 505 do antigo Código Civil, parcialmente revogado pelo art. 923 do Código de Processo Civil, trouxe muita polêmica. Dividido em duas partes, esse dispositivo, em princípio, afastava a possibilidade de discussão dominial no juízo possessório, aduzindo que "não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa". No entanto, a segunda parte do artigo parecia contradizer a primeira, determinando que "não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio".

Inúmeras foram as tentativas de conjugar as duas partes que, para muitos, eram inconciliáveis.

Em meados da década de 40, porém, já prevalecia o entendimento de que a interpretação deveria ser esta: em princípio, no juízo possessório, não se admite a exceção de domínio, devendo o juiz decidir exclusivamente em favor daquele que provar a melhor posse. No entanto, quando ambas as partes arrogam-se, no curso do processo, a qualidade de proprietários, tão só nesse caso, o juiz não poderá decidir a favor daquele a quem, de modo evidente, não pertencer a propriedade.

A exceção de domínio ficaria restrita, assim, àquelas hipóteses em que ambos os contendores disputam a posse fundada na propriedade (*jus possidendi*).

Essa interpretação conciliatória acabou consagrada pela Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal: "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".

Portanto, o juiz só poderia decidir uma ação possessória com base na propriedade se ambas as partes invocassem a qualidade de donas da coisa. Do contrário, a ação só poderia ser julgada com base na posse.

Quando a questão parecia pacificada, entrou em vigor o Código de Processo Civil, que trazia um dispositivo que causou também enorme celeuma. O art. 923, também dividido em duas partes, estabelecia: "Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento de domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio".

A segunda parte desse artigo cuidou da questão da exceção de domínio de forma ligeiramente diferente da segunda parte do art. 505 do antigo Código Civil. Neste, a exceção de domínio era tratada de forma negativa: não se deferirá a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio. No Código de Processo Civil, a exceção foi disciplinada de forma positiva: a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.

Ao entrar em vigor, o art. 923, segunda parte, do Código de Processo Civil revogou, tacitamente, o art. 505, segunda parte, do antigo Código Civil, já que passou a tratar da exceção de domínio usando fórmula ligeiramente diferente, conforme já ressaltado.

Porém, foi breve a vigência da segunda parte do art. 923, revogada pela Lei n. 6.820/80. Suprimida a segunda parte do dispositivo, não voltou a vigorar a segunda parte do art. 505, pois a repristinação não foi expressamente prevista.

Portanto, ficaram revogados os dois dispositivos que permitiam a interferência do juízo petitório no possessório. Com isso, eliminou-se qualquer possibilidade de admitir a exceção de domínio no Brasil, não sendo mais possível utilizar a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, elaborada com base nos dispositivos revogados.

O novo Código Civil não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de o réu, em ação possessória, valer-se da exceção de domínio. O art. 1.210, § 2º, estabelece: "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de

propriedade, ou de outro direito sobre a coisa".

Isso quer dizer que o juiz deverá decidir a ação possessória exclusivamente em favor daquele que provar melhor posse, sem qualquer indagação a respeito da propriedade, que deverá ser discutida na via própria.

Muitos sustentam que a exceção de domínio sobrevive, naquelas situações em que não se consegue apurar qual a melhor posse. Assim, quando nem o autor nem o réu conseguirem provar que têm direito à posse, o juiz deverá decidir em favor de quem for o dono. A solução, todavia, não nos parece adequada, já que o art. 333 do Código de Processo Civil, que cuida das regras do ônus da prova, oferece solução para tais situações, determinando que o juiz julgue em desfavor daquele que tinha de provar e não o fez.

A Lei n. 6.820/80, que eliminou a exceção de domínio, no Brasil, não atingiu, porém, a primeira parte do art. 923, que remanesce íntegra: "Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio".

Preocupados com as consequências desse dispositivo, que parece manietar o proprietário, impedindo a defesa da titularidade da coisa, muitos juristas procuraram reduzir-lhe a extensão.

Assim, Adroaldo Furtado Fabrício, invocando tese sufragada pelo Simpósio de Processualistas, reunido em 1975, na cidade de Curitiba, conclui que só valerá a limitação se pender ação possessória na qual a posse seja disputada a título de domínio, ou seja, naquelas ações em que for invocada a exceção de domínio.

Essa tese, porém, é de 1975, quando ainda vigorava o art. 923, segunda parte, do Código de Processo Civil, admitindo a exceção de domínio. Com a supressão desse dispositivo, pela Lei n. 6.820/80, não tem sentido limitar a vedação contida na primeira parte do art. 923 às hipóteses de ação possessória em que haja exceção de domínio, porque esta não é mais admitida pelo nosso sistema.

A revogação da segunda parte do art. 923 demonstra a preocupação do legislador em afastar da discussão possessória qualquer possibilidade de introdução da questão dominial. Permitir que, na pendência da ação possessória, ajuíze-se a reivindicatória, com eventual possibilidade de reconhecimento de conexão entre as ações por identidade do objeto mediato, seria permitir por via transversa a burla à vedação da *exceptio domini*.

Portanto, a interpretação há de ser mesmo a restritiva. Enquanto pender a ação possessória, será vedado ao autor e ao réu valerem-se do juízo petitório.

Assim, se o proprietário pretende reaver a posse da coisa, ele deve ajuizar ação reivindicatória. Se, em vez disso, tomar a coisa para si à força, o possuidor esbulhado poderá demandá-lo, em ação possessória, sendo inútil ao réu invocar sua qualidade de proprietário, já que vedada a exceção de domínio. E só depois de encerrado o juízo possessório é que o proprietário poderá valer-se do petitório.

Está superada a questão da inconstitucionalidade do art. 923, primeira parte, por ofensa aos direitos do dono, impedindo-o de reclamar a titularidade

da coisa, em detrimento do princípio constitucional da garantia a propriedade. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, afastando essa tese (*RTJ*, *91*:594), porque o proprietário não fica definitivamente impedido de recuperar a coisa, já que, esgotada a via possessória, será possível utilizar a petitória.

A infração ao veto implicará a extinção da ação dominial, sem julgamento de mérito, por falta de um pressuposto processual negativo. Com efeito, a inexistência de ação possessória em curso erige-se em pressuposto processual, e, como tal, constitui objeção processual a ser apreciada a qualquer tempo, por requerimento das partes ou de ofício pelo juiz.

19 PROCEDIMENTO ESPECIAL E ORDINÁRIO

O procedimento das ações possessórias poderá ser especial ou ordinário. Para identificar qual o rito apropriado, é preciso apurar se a agressão à posse ocorreu há até um ano e um dia, ou há mais tempo. No primeiro caso, a ação será de força nova, e terá rito especial; no segundo, o rito será o ordinário.

Essas regras valem tanto para bens móveis quanto imóveis. O advento da Lei n. 9.245/95, que alterou o antigo procedimento sumaríssimo, qualificando-o de sumário, suprimiu a adoção desse rito para as ações que versem sobre posse ou domínio de coisas móveis e de semoventes.

Assim, se a agressão à posse ocorreu há até ano e dia, o rito será sempre especial, seja a coisa móvel ou imóvel. O decurso de mais de ano e dia obrigará a adoção do rito ordinário, para ambas as espécies de bem. A única possibilidade de adoção do rito sumário será a de ação de força velha, versando bem móvel ou imóvel, mas em que o valor da causa não supere os sessenta salários mínimos.

A diferença fundamental entre o rito especial e o ordinário é que só naquele haverá a possibilidade de concessão da liminar. Afora isso, não há distinção entre as ações de força nova e de força velha.

No entanto, seja de uma ou de outra natureza, a ação será possessória. Isso significa que os vícios da posse não se convalescem após o prazo de ano e dia. A posse continua a ser injusta, mesmo depois desse prazo. A superação do ano e dia não impede o possuidor esbulhado ou turbado de reintegrar-se ou manter-se na posse, fazendo uso do juízo possessório, mas repercute no rito a ser adotado e na possibilidade de concessão ou não da liminar.

O prazo conta-se da data em que se consumou o esbulho (a perda da posse) ou a turbação (limitação ao livre exercício da posse).

Se o possuidor estiver ausente, a posse só se considerará perdida, passando a fluir o prazo de ano e dia, quando ele, tendo notícia da ocupação, abstém-se de retomar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido (CC, art. 1.224).

Esse dispositivo é importante porque mostra que o prazo de ano e dia,

no caso do ausente, corre da data em que ele teve ciência do esbulho ou da turbação, e não propriamente da data em que a ocupação se efetivou.

Quando o esbulho ocorrer por precariedade, o prazo de ano e dia contar-se-á do momento em que houver a prática de algum ato efetivo, que demonstre que o possuidor inverteu o seu ânimo em relação à coisa, recusando a restituí-la ou a cumprir as determinações de quem lha entregou.

Se houver turbações sucessivas, e os atos turbativos não se apresentarem como continuação uns dos outros, elas deverão ser consideradas autônomas, de sorte que o prazo reiniciará após cada reiteração.

20 CAUÇÃO

Nas ações possessórias de força nova, o juiz, desde que preenchidos os requisitos, concederá uma liminar, atendendo, logo no início do processo, ao pedido formulado pelo autor. Essa decisão, porém, é tomada em cognição superficial, quando o réu nem sequer teve possibilidade de manifestar-se e apresentar suas alegações.

Há, portanto, o risco de a liminar ser concedida, mas a ação, ao final, ser julgada improcedente, revertendo-se a situação. Se isso ocorrer, possivelmente o réu terá sofrido danos, pois, apesar de ter razão, viu-se privado da coisa por determinado tempo.

O legislador, procurando arredar o perigo de que esses danos se tornem irreparáveis, previu a possibilidade de o réu requerer ao juiz que obrigue o autor a apresentar caução que garanta os prejuízos, caso ele decaia da ação. O art. 925 do Código de Processo Civil dispõe: “Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar--lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa”.

Os requisitos para que o juiz imponha caução estão explicitados no dispositivo: que haja requerimento do réu, pois o juiz não fixará a caução de ofício; que o autor tenha sido mantido ou reintegrado provisoriamente na posse por meio de liminar; e que o réu demonstre que o autor carece de idoneidade financeira para suportar os prejuízos que advirão de eventual improcedência do pedido.

O requerimento de caução será feito nos próprios autos, e não permitirá a produção de outras provas que não as documentais. Do contrário, haverá uma instrução incidente, no bojo da ação, e sem nenhuma relação com ela, apenas para prova da inidoneidade financeira, prejudicando o bom andamento do processo.

Essa prova documental pode ser constituída, p. ex., de certidões de protesto ou dos distribuidores cíveis que mostrem que o autor está sendo executado.

A caução será real ou fidejussória, podendo ser determinada pelo juiz a

qualquer tempo. Não apresentada, a coisa será entregue a um depositário nomeado por ele.

21 PROCEDIMENTO ESPECIAL

21.1. COMPETÊNCIA

Quando a coisa litigiosa for imóvel, será competente para processar e julgar a ação possessória o foro de situação da coisa. A regra é de competência absoluta, e não pode ser derrogada ou modificada. Quando for móvel, a ação processar-se-á no domicílio do réu.

21.2. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

O autor será o possuidor esbulhado, turbado ou ameaçado. É irrelevante que ele seja ou não titular de direito real, bastando que tenha a posse. O mero detentor não tem ação possessória porque não tem posse.

Também são legitimados os sucessores do possuidor: "O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais" (CC, art. 1.207).

Qualquer tipo de posse autoriza o seu titular a ajuizar a ação: a direta e a indireta; a natural e a civil ou jurídica; e a justa e injusta, observando-se que o critério do justo e do injusto é sempre relativo. Assim, aquele que tenha esbulhado a coisa terá posse injusta em relação à vítima, mas poderá ser considerado possuidor justo e ajuizar ação possessória contra um terceiro que tente tomar-lhe a coisa indevidamente.

Quando houver composse, qualquer dos titulares estará legitimado a, individualmente, ajuizar a ação (CC, art. 1.199). Se todos ajuizarem conjuntamente, haverá um litisconsórcio facultativo unitário. Se a demanda for proposta por só um, para reaver a coisa na sua integralidade, haverá uma situação de substituição processual, já que o autor estará postulando de volta a sua parte na posse e a parte dos demais. Em razão desse fenômeno, todos os compossuidores, ainda os que não foram parte, serão atingidos pela coisa julgada, e não poderão repropor a ação, cabendo-lhes, se o quiserem, requerer o ingresso no processo na qualidade de assistentes litisconsorciais.

O legitimado passivo é o autor do esbulho, turbação ou ameaça. Se a agressão à posse foi praticada por um preposto, o legitimado passivo será o preponente. É possível ajuizar ação contra menor púbere, assistido por seus pais ou responsável, mas não contra menor impúbere, que não pratica ato ilícito. Nesse caso, a ação deve ser promovida em face do responsável pela guarda ou vigilância do incapaz.

Nada impede que o polo passivo da ação seja ocupado por pessoa

jurídica, se o ato molestador for praticado por alguém em nome dela. Mesmo que de direito público, a pessoa jurídica pode ser demandada, porque nem mesmo ao Estado é dado desapossar alguém sem o devido processo legal. A única peculiaridade da ação possessória, nesse caso, é que a liminar não pode ser concedida sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Porém, se pessoa jurídica dessa natureza já tiver construído na área tomada obra pública, ou a tiver destinado a determinada finalidade pública, não caberá mais a ação possessória, em razão do princípio da intangibilidade da obra pública. Restará ao prejudicado postular reparação de danos pela perda da área, em ação de desapropriação indireta.

21.3. A PETIÇÃO INICIAL

Todos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil devem ser preenchidos. Entre eles, o da indicação do nome e da qualificação das partes.

Pode ocorrer, contudo, que o autor não tenha como apontar quem são os invasores, porque os desconhece e não tem meios para identificá-los. Essa dificuldade manifesta-se, p. ex., nas hipóteses de grandes invasões, em que centenas de pessoas tomam determinada área, sem que seja possível identificá-las.

Nesse caso, figurarão no polo passivo todos os invasores, devendo a petição inicial indicar o nome daqueles que puderam ser identificados. Se nenhum nome foi apurado, a inicial fará menção apenas aos ocupantes da área. O oficial de justiça citará, então, todas as pessoas que encontrar na área litigiosa. Se o local for inacessível, não permitindo a aproximação do oficial de justiça, a citação far-se-á por edital.

O autor deve descrever com clareza o bem que quer reaver. Se imóvel, deve indicar-lhe os contornos, precisando sua localização de forma a individuá-lo e distingui-lo dos demais. Se móvel, deve fornecer todos os elementos suficientes para identificá-lo.

A petição inicial apontará também a data em que ocorreu a agressão à posse, para que se possa apurar qual o rito a ser empregado.

Requisito indispensável é a descrição, pelo autor, da sua posse e do ato que a molestou. Ele deve demonstrar que tem ou teve posse, e que, por isso, pretende reavê-la ou mantê-la. Deve descrever também, com precisão, em que consistiu o esbulho, a turbação ou a ameaça perpetrados pelo réu.

Não atendidos esses requisitos, a petição inicial não poderá ser recebida, cabendo ao juiz determinar que o vício seja sanado no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento.

21.4. A LIMINAR

O que diferencia as ações de força nova e velha é que somente naquelas o juiz pode conceder liminar.

Para que ela seja deferida, deve o autor provar: "I — a sua posse; II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III — a data da turbação ou do

esbulho; IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração" (CPC, art. 929).

A cognição para o deferimento da liminar será ainda superficial, pois o juiz só terá tido oportunidade de examinar os elementos trazidos pelo autor. Portanto, não cabe exigir, aqui, prova cabal e definitiva do preenchimento dos requisitos, bastando a plausibilidade de que os fatos tenham ocorrido tal como descritos na inicial. Não se trata, por outro lado, de um juízo inconsequente, de mera possibilidade, mas de verdadeira plausibilidade.

Importante a prova da data do ato molestador, porque o juiz ficará impedido de conceder liminar se ultrapassado o limite do ano e dia.

A medida não é providência acautelatória, nem resguarda ou protege o provimento final dos efeitos maléficos do tempo. A liminar possessória não tem natureza cautelar, prescindindo da demonstração do *periculum in mora*.

O que ela faz é atender, ainda que em caráter provisório, a pretensão do autor, satisfazendo e antecipando os efeitos do provimento final. Assim, se o autor requerer a reintegração da posse, a concessão da liminar será bastante para que o autor já recupere, desde logo, a posse perdida. Se postulada a manutenção, desde a concessão da liminar serão tomadas as providências para que o autor permaneça com a coisa.

Inegável, portanto, que a medida tem o caráter de tutela antecipatória, com requisitos próprios, típica das ações possessórias de força nova. Não há necessidade, para a sua concessão, de obediência aos requisitos genéricos do art. 273 do Código de Processo Civil, pois essa liminar é uma espécie de tutela antecipatória típica, com requisitos próprios: a prova dos fatos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil. A sua existência impede que, na ação possessória de força nova, o autor tente valer-se da tutela antecipada genérica do art. 273. Poderá requerê-la, porém, na de força velha, em que o rito é ordinário, sem liminar. Isso não equiparará as ações de força nova e as de força velha, porque são muito distintos os requisitos para a concessão da liminar daqueles para o deferimento da tutela antecipada genérica.

Caso a petição inicial esteja suficientemente instruída, trazendo ao juiz elementos de convicção bastantes, ele concederá a liminar de plano, antes mesmo que o réu tenha sido citado. Após a concessão da liminar, o autor promoverá a citação do réu no prazo de cinco dias, e o prazo de contestação, que é de quinze dias, correrá da data da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

Se a posse não puder ser provada por documentos, o juiz não terá elementos para deferir a liminar de plano. No entanto, poderá o autor requerer a designação de audiência de justificação, cuja finalidade é permitir a ele demonstrar que preenche os requisitos para a obtenção da medida. Essa designação depende de requerimento, não podendo o juiz determiná-la de ofício. Se o autor não a requerer nem trouxer ao juiz elementos suficientes, nada restará senão indeferir a liminar.

21.5. A AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO

Sempre que o juiz determinar a justificação, o réu será citado para comparecer à audiência que for designada. O prazo para contestação ainda não se terá iniciado, cabendo a ele apenas, se quiser, fazer-se presente na audiência.

O juiz não pode realizar a justificação antes que o réu tenha sido citado. No entanto, como a finalidade dessa audiência é permitir ao autor produzir provas bastantes para obter a liminar, a participação do réu é restrita, não lhe sendo dado arrolar testemunhas. Poderá, no entanto, reperguntar às testemunhas do autor e oferecer contradita, em caso de suspeição ou impedimento.

Tem-se admitido que o juiz ouça testemunhas do réu, caso não se sinta suficientemente esclarecido e queira ter maiores elementos para apreciar a liminar. O réu não pode, porém, exigir a audição das testemunhas, cabendo ao juiz fazê-lo se quiser. Isso não ofende o princípio do contraditório, que é diferido. Mais tarde, o réu terá toda a oportunidade de apresentar as suas alegações.

Feita a justificação, o juiz apreciará a liminar. Também nesse caso a medida é concedida sem a audição do réu, cujo prazo para contestar nem sequer terá iniciado. Como o réu já está citado, o prazo de contestação correrá da data em que ele for intimado da decisão que deferiu ou não a liminar.

Quando ela for apreciada na própria audiência, o réu sairá intimado, e o prazo de contestação, que é sempre de quinze dias, começará a correr. Se o juiz não decidir na audiência, o prazo fluirá somente com a intimação do réu. Se ele já tiver constituído advogado, a intimação far-se-á pela imprensa oficial; se não, ele terá de ser pessoalmente intimado, correndo o prazo da data da juntada aos autos do mandado de intimação cumprido.

21.6. RECURSO CONTRA A DECISÃO LIMINAR

Como a decisão liminar é interlocutória, o recurso cabível é o agravo, mas só haverá interesse se ele for interposto sob a forma de instrumento, por razões evidentes: não cabe agravo retido contra decisão liminar, porque o seu julgamento só se fará em caso de futura e eventual apelação, já na fase final do processo.

Interposto o agravo, poderá o juiz valer-se do juízo de retratação, modificando o que ficara decidido. Se houver reconsideração cabal, o agravo fica prejudicado.

Quando a liminar for concedida, querendo-se evitar o cumprimento da medida, será necessário requerer ao relator do recurso a concessão de efeito suspensivo. A nova redação do art. 558 do Código de Processo Civil torna despicienda a impetração de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo, bastando ao agravante demonstrar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação e a relevância da fundamentação.

Caso a liminar seja negada, o autor poderá agravar, requerendo a concessão de efeito ativo ao recurso, isto é, que a segunda instância conceda aquilo que foi negado pela primeira. Quando não houver recurso, o juiz não

poderá reconsiderar a decisão que apreciou a liminar, salvo diante de fatos novos que venham aos autos.

21.7. A RESPOSTA DO RÉU

O prazo para resposta é de quinze dias, podendo o réu apresentar a contestação, as exceções rituais e até a reconvenção, desde que esta não contenha pedidos que devam ser feitos na própria contestação, por força do caráter dúplice das ações possessórias.

Não há nenhuma peculiaridade no procedimento, que será sempre o ordinário, após o oferecimento de resposta. A especificidade do rito resume-se à fase inicial, de concessão da liminar.

21.8. AS AÇÕES POSSESSÓRIAS SÃO EXECUTIVAS "LATO SENSU"

Transitada em julgado a sentença, expede-se mandado de reintegração ou manutenção de posse. A condenação em perdas e danos e à sucumbência serão executadas na forma do art. 475 do CPC. Se a sentença impuser condenação em obrigação de fazer (pode haver pedido cumulado de desfazimento de construções ou plantações, p. ex.), a execução far-se-á na forma do art. 461 do CPC.

Não haverá execução para entrega de coisa certa, bastando expedir-se o mandado para cumprimento da sentença. Caso o réu tenha feito benfeitorias necessárias e úteis na coisa, e queira invocar o seu direito de retenção, terá de fazê-lo na contestação. Como a possessória é executiva *lato sensu*, não haverá oportunidade em execução.

Embora haja decisões, que nos parecem acertadas, permitindo a invocação do direito de retenção após a sentença, antes que o mandado tenha sido cumprido, tende a jurisprudência a considerar que o momento oportuno para alegação é mesmo a contestação. Nela, o réu já deverá descrever quais as benfeitorias que fez, solicitando ao juiz que, em caso de procedência, condicione o cumprimento do mandado ao ressarcimento delas.

Grande dificuldade poderá surgir se for concedida a liminar, porque possivelmente o mandado será cumprido antes que o réu tenha podido invocar o direito de retenção. Em casos assim, ele deve interpor agravo de instrumento, solicitando a concessão de efeito suspensivo, para evitar perigo irreparável, qual seja, a perda do direito de retenção.

22 DO INTERDITO PROIBITÓRIO

É a terceira das ações possessórias, cabendo àquele que tenha justo receio de ser molestado em sua posse. A finalidade do interdito é preventiva,

pois terá havido apenas uma ameaça. Nenhum ato concreto, material e efetivo de agressão foi praticado, mas o autor teme que sua posse venha a ser molestada.

Ele pedirá, então, ao juiz que o segure da turbação ou do esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito (CPC, art. 932).

A procedência da ação imporá ao réu uma condenação — a obrigação de não fazer — e fixará sanção pecuniária para a hipótese de transgressão.

O temor subjetivo e o receio infundado não autorizam a propositura da ação. A ameaça há de ser grave, fundada e séria, hábil a trazer ao possuidor o justo receio de que sua posse venha a ser molestada. A ameaça há de ser também a de um mal injusto, inexistindo ante a perspectiva do exercício regular de um direito. Assim, se o proprietário ajuíza ação reivindicatória da coisa, não cabe ao possuidor promover interdito proibitório argumentando que teme ver-se desapossado do bem.

Exige-se, ainda, que a ameaça seja de agressão iminente. A possibilidade de um ato molestador em um futuro distante retira à ameaça a seriedade necessária.

A fungibilidade dos interditos possessórios vale também para o interdito proibitório. Assim, se no seu curso a ameaça concretizar-se, o juiz determinará, na sentença, a providência necessária para manter ou reintegrar o autor na posse da coisa.

O procedimento do interdito proibitório é igual ao das demais ações possessórias. É cabível, portanto, a concessão de liminar, que consistirá na expedição de mandado proibitório e na fixação de pena para o descumprimento do preceito *initio litis*. Se isso ocorrer, e a ameaça concretizar-se depois da concessão da liminar, o réu incorrerá na multa, sem prejuízo de a sentença determinar a manutenção ou a reintegração do autor na posse.

Quadro sinótico – Ações possessórias

Procedimento especial

Capítulo VI
DA AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

23 INTRODUÇÃO

Um dos legitimados a propor a ação de nunciação de obra nova, também chamada embargo de obra nova, é o possuidor. Nem por isso essa ação tem natureza possessória, porque o seu fundamento e a sua finalidade não são a proteção da posse.

A nunciação está associada ao direito de vizinhança. Seu objetivo é impedir a construção de obra nova que prejudique prédio vizinho ou que esteja em desacordo com os regulamentos administrativos.

O fundamento de direito material, que atribui a um vizinho a possibilidade de embargar a obra de outro, está nos arts. 1.299 e 1.301, *caput*, do Código Civil.

Há séria controvérsia sobre a natureza jurídica da nunciação. Para alguns, o caráter real é evidente, em face do disposto no art. 95 do Código de Processo Civil. Parece-nos, no entanto, que nem todas as ações mencionadas nesse dispositivo são reais, bastando mencionar, como exemplo, as possessórias.

A ação não está fundada nem precisa ser proposta por quem tenha direito real. O seu objeto também não se relaciona a essa espécie de direito, mas ao de vizinhança, cuja natureza é de obrigação *propter rem*.

Diante disso, seu caráter é pessoal, o que torna irrelevante o estado civil do nunciante e desnecessária a outorga uxória.

Porém, por força de norma expressa — o art. 95 do Código de Processo Civil — a nunciação será processada e julgada no foro de situação da coisa, sem possibilidade de modificação da competência.

O art. 934 do Código de Processo Civil cuidou das situações que ensejam a propositura da nunciação. Três são as hipóteses previstas, cada qual com peculiaridades e requisitos próprios, a serem examinados em seguida. O embargo não se confunde, todavia, com a ação de dano infecto, também associada ao direito de vizinhança, mas que deve ser veiculada quando o prédio ou a obra no imóvel vizinho ameaça ruir.

24 HIPÓTESES DE CABIMENTO

24.1. A OBRA NOVA EM IMÓVEL VIZINHO (CPC, ART. 934, I)

Compete a nunciação de obra nova "ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado".

Os legitimados ativos são o proprietário ou o possuidor. O uso da conjunção alternativa demonstra a clara intenção do legislador de atribuir a um ou a outro a possibilidade de nunciar. Não há qualquer restrição à espécie de possuidor, que pode ser direto ou indireto, justo ou injusto. Aquele que esbulhou a coisa, obtendo-a por meio ilícito, pode nunciar, sem que ao vizinho caiba invocar, em seu benefício, a injustiça da posse, pois o critério relativo do justo ou injusto só permite à vítima do esbulho beneficiar-se com a alegação dos vícios da posse.

O legitimado passivo é o dono da obra, a pessoa que determinou a sua construção.

É indispensável para o ajuizamento da ação a existência de obra nova, que traga algum prejuízo ao prédio vizinho.

A palavra "obra" tem significado amplo, indicando qualquer alteração fática na coisa. Inclui, portanto, construções, demolições, reformas, retirada de material, escavações, aterros e desterros, e todo ato concreto que redunde em inovação da situação originária.

Porém, só será possível propor a demanda enquanto houver obra "nova", isto é, que já foi iniciada mas ainda não está concluída.

Não existe embargo de obra futura, que está apenas projetada e planejada, devendo já ter havido a prática de algum ato material e concreto de modificação do estado fático. Também não caberão mais os embargos se a obra já estiver concluída, ou em vias de finalização. Se faltarem apenas os arremates finais, o acabamento, sem qualquer acréscimo estrutural na coisa, a nunciação será tardia, cabendo ao prejudicado valer-se de outras ações, como as de reparação de danos ou demolitória.

O momento oportuno para verificar se a obra está ou não concluída, ou em vias de finalização, é o da propositura da ação, sendo irrelevantes eventuais acréscimos posteriores. Essa observação é importante porque, em circunstâncias excepcionais, o juiz pode autorizar o prosseguimento da obra (CPC, art. 938). Se isso ocorrer, e ela concluir-se, o autor não ficará prejudicado, pois o que importa é a situação no momento do aforamento da demanda.

Deve o juiz apurar se a obra está inconclusa, já que o contrário redundará na extinção do processo por inadequação da via eleita, carecendo o autor de interesse de agir.

Também é necessário que a obra nova traga prejuízos, visto que sem a perspectiva de dano inexistirá novamente o interesse de agir. Um vizinho deve suportar o incômodo e até eventuais danos que resultem da atividade do outro, desde que eles não escapem aos limites normais de tolerância. Somente quando forem ultrapassados esses limites é que haverá interesse em nunciar. Não há necessidade de que já tenham ocorrido os danos, bastando a potencialidade, a perspectiva de que eles venham a ocorrer. No entanto, o receio do nunciante, de que o dano venha a concretizar-se, deve ser fundado, não bastando um temor subjetivo.

Haverá interesse em nunciar seja qual for a espécie de dano que possa vir a ocorrer. Assim, a perspectiva de desvalorização excessiva da região, em virtude de obra construída indevidamente, é bastante para justificar o interesse. Não haverá, porém, como nunciar se a obra resultar do exercício regular de um direito.

Não se pode embargar obra alheia apenas para conservar a vista que se tem da cidade, e que ficará prejudicada com a construção, redundando em desvalorização do imóvel. Ressalvem-se as hipóteses em que a obra nova no imóvel vizinho prejudicar eventuais servidões.

Desnecessário que os imóveis sejam lindeiros; basta que sejam suficientemente próximos um do outro, para que a obra construída naquele repercuta neste.

Controvertia-se sobre a possibilidade de utilização da nunciação de obra nova para embargar a que invada terreno vizinho. Não se está, aqui, diante da perspectiva de que a construção alheia cause danos, mas do fato de que ela invadiu área vizinha. Parte da doutrina entendia que a ação adequada era a possessória, porque só cabe a nunciação se a obra for em imóvel vizinho, e o que se reclama, aqui, é de ela ter invadido a área contígua. Outros, porém, sustentavam a adequação do embargo, em razão do que dispunha o art. 573, *caput*, do antigo Código Civil: "O proprietário pode embargar a construção do prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda". Embora o Código de 2002 não tenha repetido essa norma, parece-nos que continua sendo admissível a nunciação, quando a obra invada o terreno vizinho. É preciso fazer uma distinção: se a obra está sendo construída integralmente no terreno vizinho, cabe ao proprietário ou possuidor valer-se da ação reivindicatória ou da possessória, porque está evidenciado o ânimo do agente de violar a posse alheia. Mas, se a obra é construída em terreno próprio e acaba por invadir o vizinho, será admissível a nunciação, sendo de observar-se o disposto no Código Civil, art. 1.258 e parágrafo único. Se a obra, ainda não concluída, tiver sido feita parcialmente no terreno vizinho de boa-fé, em área não superior a uma vigésima parte deste, o construtor adquire a propriedade da parte do solo invadida, desde que o valor da construção exceda o dessa parte, e responde por indenização pelos danos que ocasionou. Se o construtor estiver de má-fé, a indenização será paga em décuplo.

Nesse caso, o juiz pode conceder perdas e danos no lugar daquilo que foi pedido, sem que a sentença seja *extra petita*. Decisões desse jaez fundam-se no princípio constitucional da função social da propriedade.

O novo Código Civil solucionou o problema, dispondo no art. 1.258: "Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente".

E arremata o parágrafo único:

"Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o

construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção".

24.2. A ALTERAÇÃO DA COISA COMUM (CPC, ART. 934, II)

A segunda hipótese de nunciação compete "ao condômino, para impedir que o coproprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum".

Nenhum condômino pode, sem o consentimento dos demais, modificar e alterar a coisa comum (CC, art. 1.314, parágrafo único). Se o fizer, qualquer um dos demais estará legitimado a impedi-lo, nunciando.

Tal como na hipótese anterior, a ação só terá cabimento se houver obra nova — não concluída nem em vias de finalização — e algum tipo de prejuízo. Porém o objetivo da ação aqui não é fazer respeitar as regras do direito de vizinhança, mas as do condomínio. As demais considerações tecidas quanto à nunciação na primeira hipótese são aqui aplicáveis, no que couber.

24.3. A CONSTRUÇÃO QUE DESRESPEITA AS NORMAS (CPC, ART. 934, III)

A última hipótese de nunciação é a do "Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura".

A finalidade dessa ação é diversa das anteriores, pois não versa nem direito de vizinhança nem condomínio, mas o respeito às normas legais e administrativas.

O dispositivo atribuiu legitimidade exclusiva ao Município, mas prevalece o entendimento de que também o Estado e a União serão legitimados, desde que a obra atinja interesses peculiares dessas pessoas jurídicas. Assim, se um prédio está sendo construído perto de um aeroporto, sem obedecer às determinações legais, a União poderá embargá-lo. Igual conduta poderá ter o Estado, em relação a uma obra nas proximidades de rodovia estadual. Reconhece-se, até mesmo, ao particular, a possibilidade de apresentar a nunciação com fundamento no inciso III, sendo esta uma maneira eficaz de fiscalizar o cumprimento das determinações administrativas.

25 O PROCEDIMENTO

O rito previsto nos arts. 935 e seguintes do Código de Processo Civil é comum às três hipóteses de nunciação, e contém uma série de peculiaridades.

25.1. O EMBARGO EXTRAJUDICIAL

Ciente da urgência, em determinadas circunstâncias, o legislador autorizou ao interessado fazer uso do embargo extrajudicial. Como a nunciação só cabe enquanto a obra não está concluída, nem em vias de finalização, é possível que não haja tempo hábil para o interessado recorrer ao Judiciário.

É o que ocorre com aquele que, às vésperas de feriado prolongado, verifica que seu vizinho deu início a uma reforma ou construção rápida, que estará concluída no primeiro dia útil seguinte. Sem os embargos extrajudiciais, o interessado não teria como paralisar a obra.

Em casos assim, o prejudicado notificará verbalmente, perante duas testemunhas, o proprietário, ou o construtor, para não continuar a obra (CPC, art. 935). O embargo extrajudicial é feito antes que a ação seja ajuizada, e requer urgência tal que não haja tempo hábil para a obtenção do embargo judicial.

Após a sua efetivação, o nunciante requererá, no prazo de três dias, a ratificação judicial da medida, sob pena de perda de eficácia. O prazo começará a correr no primeiro dia útil, mas, por ser decadencial, não estará sujeito nem a suspensão nem a interrupção.

Nesses três dias, o prejudicado deve já aforar a demanda, requerendo a ratificação. O prazo de três dias é para que ela seja requerida, não deferida. Por isso, não haverá perda de eficácia se o juiz demorar para apreciar o pedido.

Concedida a ratificação judicial, os seus efeitos retroagem à data dos embargos extrajudiciais, e qualquer violação feita a partir de então poderá configurar o atentado (CPC, art. 879, inciso II). O prejudicado proporá ação incidental, e a "sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado" (CPC, art. 881).

25.2. A PETIÇÃO INICIAL

Os requisitos do art. 282 deverão estar preenchidos.

Dispõe o art. 936 do Código de Processo Civil que o nunciante requererá: "I — o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento; II — a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito; III — a condenação em perdas e danos". O parágrafo único acrescenta que "Tratando-se de demolição, colheita, corte de madeiras, extração de minérios e obras semelhantes, pode incluir-se o pedido de apreensão e depósito dos materiais e produtos já retirados".

Os termos peremptórios em que foi redigido o *caput* do artigo transmitem a impressão de que os pedidos mencionados nos incisos devem ser formulados necessariamente. Essa impressão é falsa, porém.

A suspensão da obra é pedido essencial, sob pena de a ação não ser nunciatória. Não é possível concebê-la sem esse requerimento. Também é obrigatório o pleito de cominação de pena para o descumprimento do preceito: sem ele a obrigação tornar-se-ia inócua, porque desprovida de sanção.

No entanto, os pedidos de restauração do *status quo ante* e de perdas e danos são facultativos.

25.3. A LIMINAR

O juiz pode conceder o embargo liminar de plano ou depois de realizar audiência de justificação. O cumprimento do mandado será feito na forma prevista pelo art. 938 do Código de Processo Civil: o oficial de justiça lavrará um auto circunstanciado, descrevendo o estado atual da obra, e intimará o construtor e os operários a que não prossigam, sob pena de desobediência.

Caso não estejam presentes os requisitos, o juiz indeferirá o embargo liminar. Embora o requerimento do embargo seja indispensável, o seu indeferimento não provoca a extinção do processo nem impede o seu prosseguimento, porque a suspensão poderá ser determinada na sentença, e os demais pedidos cumulados têm de ser apreciados.

O argumento de que sem a paralisação liminar a obra continuará, e ao final do processo poderá estar finalizada, não convence. A nunciação é oportuna se, na data da propositura da ação, a obra não estava terminada.

25.4. A RESPOSTA DO RÉU

Deferido ou não o embargo, o réu será citado e terá cinco dias para oferecer contestação. O prazo correrá da data da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. Quando o juiz designar audiência de justificação, será conveniente que ele cite o réu, dando-lhe ciência da sua realização, caso em que o procedimento a ser observado será semelhante ao das ações possessórias: o prazo de contestação fluirá da data em que o réu for intimado da decisão sobre a liminar.

O procedimento segue observando o disposto no art. 803, isto é, o adotado nas ações cautelares.

Efetivado o embargo, o nunciado pode a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição requerer o prosseguimento da obra. Para tanto, deve prestar caução e demonstrar prejuízo resultante da paralisação (CPC, art. 940).

O procedimento para oferta de caução é o previsto no art. 829, devendo ser autuado em apenso ao processo principal. O valor deve observar os potenciais danos que virão a ser provocados pela continuidade da obra, sendo sempre necessária a audição do nunciante.

A possibilidade de prosseguimento é vedada, porém, nas hipóteses de obra nova que contrariem determinação de regulamentos administrativos, ou seja, naquelas fundadas no art. 934, inciso III, do Código de Processo Civil.

Quadro sinótico

Hipóteses de cabimento

Quadro sinótico – Nunciação de obra nova

Capítulo VII
DA AÇÃO DE USUCAPIÃO

26 INTRODUÇÃO

Usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade e outros direitos reais que decorre da posse prolongada no tempo. Dois são seus requisitos fundamentais: a posse *ad usucapionem* e o decurso do tempo. É modo originário porque aquele que o obtém não guarda com o anterior proprietário nenhum vínculo ou relação jurídica. Não há transferência de propriedade, mas perda para um e aquisição para outro.

O usucapião consuma-se no momento em que o possuidor preenche todos os requisitos para obtê-lo, e não quando é reconhecido por sentença. Tanto que a eficácia do provimento jurisdicional é meramente declaratória, com efeitos *ex tunc*. Prova disso é que o Código Civil elenca o usucapião como meio autônomo de aquisição da propriedade, independentemente do registro (arts. 1.238 e s.).

Assim, desde que preenchidos os requisitos, o possuidor transforma-se em proprietário, ainda que não tenha havido declaração judicial do usucapião. A partir daí, ele terá direito de fazer uso da via petitória, para reaver a coisa de quem com ela esteja injustamente, utilizando-se da ação publiciana.

Podem ser objeto de usucapião os bens móveis e os imóveis, mas aqueles que não podem ser objeto de posse, como os incorpóreos, os intangíveis e os insuscetíveis de apropriação, por razões evidentes, não podem ser usucapidos.

Também não se pode usucapir aquilo que esteja fora do comércio: os bens legalmente inalienáveis e os insuscetíveis de apropriação.

Por fim, é vedada qualquer possibilidade de aquisição de bens públicos. Antes da Constituição Federal de 1988 essa restrição era excepcionada pelo usucapião especial de terras devolutas. Porém, ante os termos peremptórios da nova Carta, nem mesmo essa exceção pode mais ser admitida.

27 REQUISITOS ESSENCIAIS DO USUCAPIÃO

Não existe usucapião sem posse. Nem toda espécie de posse, contudo, é hábil a gerá-lo; somente a que preencha determinados requisitos.

Não nos parece necessário que ela seja atual. A pessoa que preencheu todos os requisitos do usucapião já se tornou proprietária, e não ficará

obstada de requerer a sua declaração judicial se, depois disso, perder a posse. A única consequência de o usucapiente tê-la perdido, depois de preenchidos os requisitos e antes do ajuizamento da ação, é que o possuidor atual terá de figurar no polo passivo da demanda, nos termos da Súmula 263 do colendo Supremo Tribunal Federal: "O possuidor deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião".

No entanto, a posse há de ser *animus domini*, isto é, o possuidor há de comportar-se com a coisa como se fosse o seu proprietário, não reconhecendo em ninguém superioridade de direitos sobre ela. Esse *animus domini* não é elemento subjetivo, que exige do possuidor uma intenção, um achar que é proprietário, tal como para os adeptos da teoria possessória de Savigny. É um ânimo que se afere de forma objetiva, pelo modo como o agente comporta-se, sendo irrelevante se ele pensa ou não que é proprietário. Assim, pode usucapir aquele que está plenamente ciente de que não é dono, mas comporta-se como tal, cuidando da coisa como se sua fosse, e sem reconhecer em ninguém superioridade de direitos.

Também é necessário que a posse seja contínua e ininterrupta. Contínua quer dizer sem intervalos, sem solução de continuidade. Não pode usucapir quem fica na coisa quinze anos, mas com intervalos em que ela é abandonada. Não se quer dizer, com isso, que o possuidor precisa estar o tempo todo dentro da coisa, porque posse não exige contato físico, mas poder de fato, que tem de ser mantido permanentemente.

Se, no curso do prazo, o possuidor for esbulhado por um estranho, a posse não sofrerá solução de continuidade, caso ele ajuíze ação possessória dentro de ano e dia, recuperando a coisa. Decorrendo prazo superior e persistindo inerte o possuidor, perde-se a continuidade, e não será mais possível o usucapião.

A posse, ou, mais precisamente, o prazo, tem de ser ininterrupta. As causas de interrupção estão previstas no art. 202 do Código Civil, e, sempre que elas se verificarem, o tempo já decorrido se perderá, começando a correr, de novo, desde o início.

Por último, a posse há de ser pacífica e pública. Isto não quer dizer que ela precisa ter sido adquirida dessa forma, pois não é requisito do usucapião que a posse seja justa. A adquirida com violência ou clandestinamente torna-se posse *ad usucapionem* desde o momento em que cessa a violência e a clandestinidade. Antes disso não correrá o prazo de usucapião, porque nem sequer haverá posse, mas mera detenção. Afinal, nos termos do art. 1.208, segunda parte, do Código Civil, os atos violentos e clandestinos não autorizam a aquisição da posse, senão depois de cessada a violência e a clandestinidade.

Quando alguém empresta a outro um bem, ou entrega-lhe para usá-lo por um tempo, e depois restituí-lo, não corre o usucapião, porque a posse não é *animus domini*. No entanto, desde que haja manifesta inversão do ânimo, com a recusa inequívoca da devolução, passando o possuidor a comportar-se como dono, a posse torna-se precária, e desde então começa a fluir o prazo. Uma parcela da doutrina tem sustentado que a posse precária não gera usucapião. No entanto, os que assim entendem chamam de posse precária

aquela que existe antes de ter havido a inversão do ânimo, qualificando-a com esse nome porque ela deve ser restituída. Nada mais equivocado, porém, pois a precariedade é vício da posse, e só se inicia quando há a modificação do *animus* do agente, que passa a possuir como dono. Desde então, a posse torna-se *ad usucapionem*.

O usucapião extraordinário de imóveis não exige o preenchimento de outras condições além das já mencionadas, pelo prazo de quinze anos. Para bens móveis, o prazo é de cinco anos.

No usucapião ordinário de imóveis, além dos requisitos gerais da posse, é necessária a existência de justo título e boa-fé, bem como o transcurso de um prazo de dez anos. Idênticas as condições para bens móveis, salvo o prazo, que é de apenas três anos.

Há também o usucapião especial, que pode ser de imóvel urbano ou rural. Além dos requisitos gerais, o possuidor terá de preencher aqueles enumerados nos arts. 183 e 191 da Constituição Federal, respectivamente. No urbano, o agente deve ocupar área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, utilizando a coisa para sua moradia ou de sua família, não sendo proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

No usucapião especial rural, o possuidor, que também não poderá ter outro imóvel, de nenhuma espécie, deverá ocupar área não superior a cinquenta hectares, por cinco anos, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia.

Há ainda a usucapião especial urbana coletiva, cujos requisitos e procedimento serão aqueles do art. 10 e seguintes da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001; e a chamada usucapião familiar, tratada no art. 1.240-A do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 12.242/2011, em vigor desde 16 de junho de 2011 e que é assim denominada por dar-se entre ex-cônjuges, após a separação, de fato ou de direito, desde que um deles permaneça com posse direta e exclusiva do imóvel comum, pelo prazo de 2 anos.

28 PROCEDIMENTO

O Código de Processo Civil, arts. 941 a 945, cuida das ações de usucapião extraordinário e ordinário de bens imóveis. O procedimento das ações que envolvam bem móvel será o ordinário, exceto se o valor da causa for até sessenta salários mínimos, caso em que será sumário.

As ações de usucapião especial correrão pelo rito sumário, obedecendo ao disposto no art. 5º e parágrafos da Lei n. 6.969/81.

Como o tema desta obra são os procedimentos especiais, interessa-nos apenas aquele previsto no Código de Processo Civil, para o usucapião extraordinário e ordinário de imóveis.

28.1. COMPETÊNCIA

O foro competente será sempre o da situação da coisa. O juízo será o cível, salvo se houver Vara Especializada dos Registros Públicos, como na Capital do Estado de São Paulo. A regra é de competência absoluta, que não admite modificação. Já para a de bens móveis, será competente o foro do domicílio do réu.

28.2. A PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial observará os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. O pedido será o de que o juiz declare o domínio do imóvel ou da servidão predial. A causa de pedir será o preenchimento dos requisitos, devendo o autor indicar qual tipo de usucapião pretende ver declarado. Como a posse e o tempo são os requisitos substanciais, o usucapiente deve caracterizar a sua posse, precisar o tempo de exercício, especificar as suas qualidades e identificar perfeitamente o seu objeto. Como se trata de ação real, a ela aplica-se o disposto no art. 10 do Código de Processo Civil, exigindo-se a outorga uxória, no polo ativo, e o litisconsórcio necessário do cônjuge, no polo passivo, salvo se o regime do casamento for o da separação absoluta de bens.

Caso pretenda valer-se da *acessio possessionis*, o autor deve indicar as posses anteriores, de quem ele houve a sua, o tempo pelo qual elas perduraram e as suas qualidades.

Como a individuação do bem é imprescindível, o art. 942 do Código de Processo Civil determina que seja juntada, com a inicial, uma planta do imóvel. Se ele estiver registrado, o autor anexará também certidão atualizada do registro de imóveis, para que se possa identificar a pessoa em cujo nome o bem foi transcrito. Também deve ser juntada certidão do distribuidor cível, para demonstrar que não existe ação possessória em curso, por força da proibição contida no art. 923 do Código de Processo Civil.

Caso o usucapião seja ordinário, o autor deverá juntar o documento que constitui justo título, e invocar a sua boa-fé, que deve ter perdurado durante o tempo necessário para que se consume o usucapião, embora possa ter cessado na data da propositura da ação.

Como em toda petição inicial, o autor requererá a citação dos réus. Na ação de usucapião, há um litisconsórcio passivo necessário, porque devem ser citados a pessoa em cujo nome o bem está registrado, todos os confrontantes e o atual possuidor (Súmula 263 do STF). Esses são os réus certos. Se eles estiverem em local ignorado, a citação far-se-á por edital, cabendo ao juiz nomear curador especial, caso eles permaneçam revéis.

Além deles, serão citados, por edital, os eventuais interessados. Caso nenhum compareça, ou apresente contestação, não será necessária a nomeação de curador especial, que só será feita em benefício dos réus certos.

28.3. INTIMAÇÕES

O Código de Processo Civil, art. 943, determina que sejam intimados,

por carta, para que manifestem eventual interesse na causa, os representantes da Fazenda Pública da União, do Estado, do Distrito Federal, dos Territórios e do Município. Caso a União o faça, haverá deslocamento de competência para a Justiça Federal, não cabendo à Estadual aferir da existência ou não do interesse (Súmula 150 do STJ).

Também será intimado o Ministério Público, que intervém como *custos legis* em toda ação de usucapião de imóveis.

28.4. JUSTIFICAÇÃO DA POSSE

O que tornava especial o rito da ação de usucapião é que, estando em termos a petição inicial, o juiz designava audiência de justificação preliminar de posse, para a qual os réus eram citados. O prazo para contestação corria da data em que os réus eram intimados da decisão do juiz que dava por justificada a posse.

Hoje já não existe a justificação prévia na ação de usucapião, e os réus são citados para contestar no prazo de quinze dias, a contar da data da juntada aos autos do mandado de citação ou do aviso de recebimento da carta, observado o disposto no art. 241, III, do Código de Processo Civil.

Portanto, nada mais resta da especificidade do procedimento, que hoje é o ordinário, embora a ação de usucapião continue tratada pelo Código de Processo Civil entre aquelas que obedecem a um rito especial.

28.5. A SENTENÇA

O provimento jurisdicional tem conteúdo meramente declaratório, prescindindo de qualquer fase executiva. A sentença será registrada, por mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais. Esse registro não é atributivo de propriedade, pois a coisa pertencerá ao usucapiente desde o preenchimento dos requisitos do usucapião.

Quadro sinótico

Espécies

Quadro sinótico – Procedimento – Ação de usucapião

Capítulo VIII
DA AÇÃO DE DIVISÃO E DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES

29 INTRODUÇÃO

É tradicional que se trate conjuntamente das ações de demarcação e divisão porque, embora diversos os pressupostos de cabimento de ambas, há muitas afinidades de procedimento que as aproximam. O Código de Processo Civil não fugiu à regra, regulando as duas ações em um mesmo capítulo. Há, no entanto, uma seção que cuida das disposições gerais e outras duas que tratam, separadamente, de cada uma das ações.

O nome atribuído ao capítulo evidencia que o procedimento se refere à divisão e demarcação de terras particulares. As terras devolutas, bens públicos dominicais, não serão objeto dessas espécies de ação, mas das discriminatórias, tratadas pela Lei n. 6.383/76.

O art. 946 do Código de Processo Civil esclarece quais as situações que justificam a propositura da ação demarcatória e da divisória. A primeira será aforada pelo proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados. O Código Civil, na seção destinada ao direito de vizinhança, dispõe: "O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas" (art. 1.297, *caput*).

Já a ação de divisão será proposta pelo condômino para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum. O art. 1.320, *caput*, do Código Civil permite que o coproprietário a qualquer tempo exija a divisão da coisa comum.

Fica evidente, assim, que são distintas as situações em que cabem as ações de demarcação e divisão. Aquela pressupõe a existência de dois prédios confinantes cujos limites não estejam perfeitamente estremados. Esta, a de um só prédio, que pertença a dois ou mais proprietários, desejosos de extinguir o condomínio. A demarcação está ligada ao direito de vizinhança; a divisão é forma de extinguir a comunhão.

A afinidade entre elas decorre de que, em ambas, será necessário traçar limites, fixar os extremos, especificar dimensões. Na demarcação, os diversos imóveis preexistem ao ajuizamento; na divisão, antes da propositura da ação, só haverá um imóvel, do qual resultarão dois ou mais.

Tanto uma como outra podem ser feitas de forma amigável, sem

necessidade de recurso ao Judiciário. Para que isso ocorra, todos os interessados têm de ser maiores e capazes, e estar de acordo quanto à forma como elas se efetivarão. A demarcação e a divisão amigáveis far-se-ão por escritura pública. Ambas podem ser totais ou parciais. Totais quando tiverem por objeto estremar ou retalhar o imóvel na sua integralidade; parciais quando tiverem por objeto apenas um trecho, uma porção do terreno. Assim, se somente uma parte das divisas entre dois imóveis está confusa, a demarcação será apenas parcial, pois objetivará só a área em que os limites precisam ser estremados.

A ação de divisão pressupõe que o imóvel em condomínio seja divisível. Do contrário, a extinção da comunhão será feita pela alienação judicial da coisa, procedimento especial de jurisdição voluntária, previsto no art. 1.117, II, do Código de Processo Civil.

Seja qual for o número de condôminos, a divisão pode ser requerida por apenas um deles, ainda que todos os restantes, em maioria, prefiram manter-se em comunhão. Ciente de que a copropriedade é fonte de atritos e litígios, o legislador facilitou-lhe a extinção, atribuindo a qualquer condômino, individualmente, a legitimidade para requerê-la. Proibiu, também, a instituição do condomínio perpétuo, não permitindo que seja convencionada a indivisão por tempo não superior a cinco anos, suscetível, porém, de prorrogação ulterior (CC, art. 1.320, § 1º).

Não cabe a ação de divisão se a coisa for indivisível por natureza, ou por determinação legal ou judicial. Assim, se dela resultar a criação de lotes inferiores ao módulo, proibidos por lei, o bem será considerado indivisível.

30 CARÁTER DÚPLICE

Ambas as ações têm caráter dúplice. Feita a demarcação estarão estremados os limites da propriedade do autor e do réu. Não é preciso que o réu reconvenha para pedir que também as divisas de seu imóvel sejam delineadas. Da mesma forma, feita a divisão, ficaram estabelecidas quais as partes do bem que pertencerão ao autor e ao réu.

Qualquer um dos confrontantes ou condôminos pode ser o autor da ação, cabendo essa qualidade àquele que houver tomado a iniciativa.

31 NATUREZA JURÍDICA

É grande a controvérsia sobre o caráter pessoal ou real das ações de demarcação ou de divisão. O direito à demarcação é espécie de direito de vizinhança, que não constitui propriamente direito real, mas obrigação *propter rem*. A divisão, por sua vez, está ligada à extinção da propriedade

comum. Todavia, como nas duas ações haverá repercussão sobre o imóvel, será sempre necessária a outorga uxória do cônjuge para a propositura da demanda e a citação de ambos os cônjuges, no polo passivo.

Somente o proprietário está legitimado a postular a demarcação do terreno. Aquele que tiver apenas a posse não poderá fazê-lo, salvo se pretender exclusivamente a demarcação da posse.

32 AS DUAS FASES DAS AÇÕES DE DIVISÃO E DE DEMARCAÇÃO

O procedimento de ambas as ações desdobra-se em duas fases: uma contenciosa, que se encerra com a sentença, e outra executiva ou administrativa.

Não há propriamente execução, já que a sentença é meramente declaratória, mas sim a efetivação daquilo que foi determinado na fase contenciosa.

Assim, na primeira etapa, o juiz decidirá se o autor tem ou não direito à divisão ou à demarcação, e se esta é necessária. Caso a conclusão seja afirmativa, terá início a segunda etapa, em que serão realizadas as operações essenciais para tornar efetiva a demarcação ou a divisão. Nessa segunda fase é que serão tomadas as providências técnicas destinadas a concretizar o que ficou determinado.

33 COMPETÊNCIA

O art. 95 do Código de Processo Civil não deixa margem a dúvidas. As ações de divisão e de demarcação só poderão ser processadas e julgadas no foro de situação da coisa. Como a regra é de competência absoluta, não se admite modificação.

34 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Somente o proprietário está legitimado a postular a demarcação de seu terreno. Aquele que tiver apenas a posse não poderá fazê-lo.

Quando houver um condomínio, qualquer titular é parte legítima para ajuizar a demarcação do imóvel comum, citando-se os demais como litisconsortes. Haverá, portanto, um litisconsórcio ativo necessário, em que os comunheiros que não tiverem ajuizado a ação em conjunto serão citados para

integrar o polo ativo. No polo passivo figurarão os confinantes. A necessidade de citação dos demais condôminos é evidente, pois todos sofrerão os efeitos da sentença.

O condômino é o legitimado ativo na ação de divisão. Aqui, os demais condôminos serão necessariamente os réus, integrando o polo passivo.

35 CUMULAÇÃO DE DEMANDAS

O art. 947 do Código de Processo Civil permite a cumulação das demandas demarcatória e divisória, determinando que, se isso ocorrer, deverá processar-se primeiramente a demarcação total ou parcial da coisa comum.

Para que haja essa cumulação, precisam estar preenchidos os requisitos de ambas as ações. Deve haver um imóvel em condomínio cujos limites com os imóveis vizinhos não estejam perfeitamente identificados.

A razão para processar-se primeiro a demarcatória é óbvia: enquanto não estabelecidos os limites do bem, não se poderá dividi-lo de modo adequado.

O art. 947 manda ainda que sejam citados os confinantes e os condôminos. Na ação demarcatória, os condôminos são citados para assumir o polo ativo, na qualidade de litisconsortes necessários, e os confinantes, o polo passivo. Encerrada a demarcatória, e iniciada a divisão, os demais condôminos, que até então haviam figurado no polo ativo, passarão a integrar o polo passivo, e os confinantes não mais participarão da relação processual, já que não têm interesse na divisão.

É o que dispõe o art. 948 do Código de Processo Civil: “Fixados os marcos da linha de demarcação, os confinantes considerar-se-ão terceiros quanto ao processo divisório; fica-lhes, porém, ressalvado o direito de vindicarem os terrenos de que se julguem despojados por invasão das linhas limítrofes constitutivas do perímetro ou a reclamarem uma indenização pecuniária correspondente ao seu valor”.

Ajuizada a reivindicatória pelo confinante, como permite o dispositivo mencionado, serão citados todos os condôminos se ainda não houver transitado em julgado a sentença que homologou a divisão; se proposta depois, serão citados apenas aqueles a quem coube o terreno vindicado, caso em que, havendo sentença de procedência, proceder-se-á de acordo com o art. 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

36 DA AÇÃO DEMARCATÓRIA

36.1. A PETIÇÃO INICIAL

Além de cumprir os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial indicará o imóvel pela situação e denominação e descreverá os limites por constituir, aviventar ou renovar (CPC, art. 950). Todos os confinantes da linha demarcanda serão nomeados porque figurarão como réus.

A petição inicial virá instruída com o título de propriedade. Trata-se de documento necessário cuja ausência o juiz mandará suprir em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial.

A reivindicatória e a demarcatória não se confundem, porque a primeira pressupõe um imóvel perfeitamente identificado, com limites individuados, que se esteja querendo reaver de quem injustamente o possua, ainda que não confrontante. A segunda tem como finalidade estremar os limites dos imóveis, e terá por sujeito passivo apenas o titular do imóvel confinante.

O art. 951 do Código de Processo Civil permite ao autor requerer a demarcação com queixa de esbulho ou turbação, formulando pedido de restituição do terreno invadido com perdas e danos.

A queixa e os pedidos devem ser feitos na petição inicial. Mas, em face do caráter dúplice da ação demarcatória, o réu também pode, na própria contestação, invocar igual proteção e postular eventuais perdas e danos.

O pleito de restituição do terreno invadido deve ser consequência do pedido demarcatório. Apurados os verdadeiros limites dos imóveis e constatado o desrespeito a eles, o juiz determinará a restituição. Portanto, o sujeito passivo é sempre o confinante que não observou os limites identificados quando da demarcação.

A queixa de esbulho ou turbação e o pedido de restituição têm natureza petitória, e não possessória. Estremados os imóveis, o proprietário logrará averiguar qual a efetiva extensão de seu direito dominial. Apuradas as divisas e feita a constatação de que a parte contrária invadiu porção de seu terreno, o titular da coisa reclamará o que lhe foi turbado ou esbulhado, em razão de sua qualidade de proprietário (*jus possidendi*).

Para que essa reclamação tivesse conteúdo possessório, o interessado teria de reclamar a coisa com fulcro exclusivamente em sua posse. Mas quem está legitimado a propor a demarcação e reclamar do esbulho ou turbação, com fulcro no art. 951 do Código de Processo Civil, é o proprietário, não o possuidor.

36.2. A CITAÇÃO

O art. 953 contém disposição criticada pela quase unanimidade da doutrina: somente os réus que residirem na comarca onde a ação foi ajuizada serão citados pessoalmente; os demais, por edital.

Essa determinação excepciona a de caráter geral, que admite a citação por edital apenas em circunstâncias em que a pessoal não possa ser realizada (CPC, art. 231).

Melhor que o juiz, quando conhecido o endereço do réu, determine a expedição de carta de citação ou precatória, mandando citar o réu

pessoalmente. Essa solução será favorável até para o autor, que não precisará antecipar as custas, sempre elevadas, dos editais.

36.3. RESPOSTA DOS RÉUS

O prazo para apresentação de resposta é o comum de vinte dias (CPC, art. 954), e começará a fluir da data em que for juntado aos autos o aviso de recebimento ou mandado cumprido de citação, observado o disposto no art. 241, III.

Os réus poderão contestar e apresentar qualquer exceção ritual, sempre no prazo de resposta. Só não será possível ao réu reconvir, em face do caráter dúplice da ação e de suas peculiaridades procedimentais.

O prazo será o mesmo, tenha a demanda sido ajuizada contra um ou vários réus, sendo inaplicável o art. 191 do Código de Processo Civil, que manda contar em dobro os prazos quando houver litisconsortes com procuradores distintos, pois a regra específica prevalece sobre a geral.

Apresentada a contestação, será observado o procedimento ordinário. Não apresentada, o juiz julgará antecipadamente a lide, com fundamento no art. 330, II, salvo se a falta de contestação não produzir os efeitos da revelia.

Em ambas as hipóteses, antes de proferir sentença, o juiz nomeará dois arbitradores e um agrimensor, que farão o levantamento do traçado da linha demarcanda (CPC, art. 956), apresentando um laudo minucioso, que levará em conta "os títulos, marcas, rumos, a fama da vizinhança, as informações dos antigos moradores do lugar e outros elementos que coligirem" (CPC, art. 957).

Como o juiz deve determinar os limites que separam as duas propriedades, tanto autor quanto réu podem invocar, em seu favor, o usucapião de certa porção de terra.

36.4. A SENTENÇA E A EXECUÇÃO MATERIAL DA DEMARCAÇÃO

Caso não haja indefinição entre os limites dos imóveis, nem rumos a traçar ou a aviventar, a ação será julgada improcedente.

Porém, se a sentença for de procedência, o juiz declarará o traçado da linha demarcanda. O recurso cabível contra esse ato judicial é a apelação, no prazo de quinze dias, recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo. Somente após o trânsito em julgado é que serão praticados os atos materiais de demarcação.

O agrimensor fará os trabalhos de campo, e elaborará as plantas e memoriais descritivos, colocando os marcos necessários para estremar os imóveis. A linha divisória será então percorrida pelos arbitradores, que conferirão a sua exatidão, juntando aos autos um relatório.

As partes serão ouvidas em dez dias, fazendo-se, se for o caso, as correções necessárias. Será, então, lavrado um auto contendo a descrição

minuciosa dos limites demarcandos, assinado pelo juiz, agrimensor e arbitradores.

A seguir, será proferida uma sentença, meramente homologatória da demarcação, contra a qual poderá ser oposta apelação, recebida apenas no efeito devolutivo (CPC, art. 520, I).

37 DA AÇÃO DIVISÓRIA

37.1. A PETIÇÃO INICIAL

Também aqui os requisitos do art. 282 serão preenchidos, devendo o autor instruir a inicial com a prova da titularidade do domínio. O imóvel a ser dividido precisa estar perfeitamente descrito e individualizado, com os apontamentos dos seus limites, características e situação.

O nome dos demais condôminos, a sua qualificação e a área ocupada por eles, com as respectivas benfeitorias e culturas, serão indicados na inicial, porque serão eles os réus. Também devem ser mencionadas as benfeitorias comuns.

37.2. CITAÇÃO, RESPOSTA E SENTENÇA

A citação far-se-á da mesma forma que na demarcação e todo o restante do procedimento, até a prolação da sentença, será igual, com idênticos prazos de resposta. A sentença terá conteúdo meramente declaratório, e contra ela será oposta apelação, recebida em ambos os efeitos.

37.3. A EXECUÇÃO MATERIAL DA DIVISÃO

Depois do trânsito em julgado da sentença, iniciam-se os trabalhos de efetiva divisão, feitos também por um agrimensor e dois arbitradores.

Cada condômino será intimado para, em dez dias, apresentar os seus títulos sobre a coisa, se ainda não o tiver feito, e formular seus pedidos de quinhão.

Superado esse prazo, o juiz dará dez dias para que os coproprietários se manifestem sobre os títulos e pedidos dos demais. Não havendo impugnação, será determinada a divisão geodésica do imóvel. Se houver, o juiz decidirá em dez dias sobre os pedidos e títulos a serem atendidos, prosseguindo-se na forma dos arts. 972 e seguintes.

Encerrados os trabalhos, será expedido um auto, assinado pelo juiz, agrimensor e arbitradores, e, em seguida, proferida sentença homologatória, contra a qual caberá apelação apenas no efeito devolutivo.

Quadro sinótico

Ação demarcatória

Ação divisória

Capítulo IX
DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

38 INTRODUÇÃO

A morte põe termo à existência da pessoa natural, trazendo inúmeras consequências civis. Do ponto de vista patrimonial, a mais importante é a abertura da sucessão, com a transferência da herança ou legado ao herdeiro ou legatário, por força de disposição legal ou testamentária.

O fato jurídico que dá ensejo à abertura da sucessão é, portanto, a morte, real ou presumida. A presumida é a do ausente, nas circunstâncias em que a lei permite a abertura da sucessão definitiva (CPC, art. 1.167).

No momento da morte, a massa patrimonial do *de cujus* que constitui a herança passa, de imediato, aos herdeiros (*droit de saisine*). Havendo mais de um, forma-se um condomínio entre eles, até que haja a partilha de bens, recebendo cada qual o seu quinhão.

A herança é uma universalidade jurídica, compondo-se de direitos e obrigações que se transmitem ao herdeiro. Essa massa indivisa de bens e obrigações recebe o nome de espólio, e só perdura enquanto não tiver havido a partilha. O espólio não é dotado de personalidade jurídica, mas tem capacidade de ser parte, sendo representado pelo inventariante ou, antes dele, pelo administrador provisório.

O inventário nada mais é do que a enumeração e descrição dos bens e obrigações que compõem a herança. Devem ser nele incluídos todos os tipos de bens e direitos de conteúdo patrimonial que pertenciam ao *de cujus*. Também será abrangida, na declaração de bens, a meação do cônjuge.

Essa meação não integra a herança, porque não pertence ao falecido, mas ao seu cônjuge. No entanto, não há como, em princípio, distinguir entre o que pertencia ao morto e o que pertence ao viúvo, de forma que tudo integrará o monte-mor.

Isso quer dizer que o processo de inventário e partilha se prestará a, em primeiro lugar, isolar a meação do *de cujus* e do respectivo cônjuge, e, depois disso, a identificar aquilo que efetivamente passou à propriedade dos herdeiros e sucessores. Como só a meação do *de cujus* integra a herança, somente sobre ela incidirá o imposto de transmissão *mortis causa*.

O inventário não é atributivo de propriedade, já que esta se transmite com a abertura da sucessão. Sua finalidade é elencar todos os direitos e obrigações que se transmitem com a abertura da sucessão, partilhando-os mais tarde entre os diversos herdeiros, ou adjudicando--os ao herdeiro único, o que permitirá regularizar a situação dos bens imóveis perante o Cartório de Registro de Imóveis. Enquanto não houver o inventário e a partilha, o bem continuará registrado em nome do *de cujus*, e nenhum direito real constituído

pelos herdeiros poderá ser registrado, sob pena de ofensa ao princípio da continuidade.

O Código de Processo Civil incluiu o inventário judicial entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, tornando-o obrigatório, salvo se todas as partes forem capazes, estiverem de acordo com a partilha de bens e não houver testamento (art. 982 do CPC — com a redação dada pela Lei n. 11.441/2007).

Isso quer dizer que, afora a exceção mencionada, não é possível regularizar a sucessão sem a abertura do inventário judicial, que pode ser de três espécies: o solene, chamado inventário propriamente dito; o arrolamento, para pequenas heranças; e o arrolamento sumário, quando só há maiores e capazes, e inexiste divergência sobre a partilha. Neste último caso, as partes podem preferir não ingressar em juízo, e fazer inventário e partilha por escritura pública, que constituirá título para registro imobiliário. Para que seja lavrada a escritura todos os interessados deverão estar assistidos por advogado comum, ou pelo advogado de cada um deles.

Prescinde-se do inventário, para o levantamento de valores depositados em contas de cadernetas de poupança, saldos bancários, FGTS e PIS-PASEP, desde que de pequena monta, na forma da Lei n. 6.858/80, bastando um simples alvará judicial.

Embora não prevista em lei a possibilidade de ser requerido o inventário negativo, tem ela sido admitida, pela doutrina e pela jurisprudência. A finalidade é constatar a inexistência de bens deixados pelo falecido, sempre que o cônjuge ou herdeiros tenham de demonstrar essa circunstância.

Assim, p. ex., como as dívidas deixadas pelo *de cujus* não podem ultrapassar as forças da herança, haverá interesse, portanto, no inventário negativo, para demonstrar a eventuais credores que inexistem bens e que, por conseguinte, não há como cobrar o débito.

Também haverá interesse quando o viúvo ou a viúva quiserem contrair um novo matrimônio, tendo filhos do primeiro casamento. Ainda que não haja bens, será mister fazer-se o inventário, sob pena de o casamento efetivar-se em desrespeito ao disposto no art. 1.523, I, do Código Civil, com todas as consequências daí decorrentes.

Não há como confundir o inventário com a partilha que o sucede. A finalidade é distinta: aquele se limita a enumerar e descrever os bens que integram o acervo hereditário; esta apontará qual o quinhão que cabe a cada herdeiro.

Pode acontecer que a partilha seja desnecessária, quando houver, p. ex., um único herdeiro, ou quando, por testamento, o *de cujus* já determinou qual o quinhão que caberá aos seus sucessores. Se não for esse o caso, a partilha será feita, para que se identifique a parte de cada um.

Os bens serão partilhados de acordo com as regras do direito das sucessões. Os herdeiros receberão seu quinhão por direito próprio ou por representação: por direito próprio quando forem os parentes mais próximos do *de cujus*; por representação quando forem chamados a suceder em lugar de outro parente mais próximo que seja premorto, ausente ou incapaz de

suceder, pois "a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivesse" (CC, art. 1.851). O direito de representação verifica-se apenas na linha descendente, nunca na ascendente. E na linha colateral, em favor dos filhos de irmãos do falecido quando com irmão deste concorrerem (CC, art. 1.853).

Ainda que haja inventário judicial, quando os herdeiros forem maiores e capazes e não divergirem, a partilha poderá ser feita amigavelmente, por termo nos autos do inventário, escritura pública ou escrito particular homologado pelo juiz. Se houver algum incapaz ou se os herdeiros não chegarem a um acordo, a partilha será sempre judicial.

Se, depois de ultimada a partilha, outros bens aparecerem, far-se--á a sua sobrepartilha nos próprios autos do inventário. De acordo com o art. 1.040 do Código de Processo Civil, serão sobrepartilhados os bens sonegados, os que forem descobertos depois da partilha, os litigiosos e os de liquidação difícil ou morosa e os situados em local remoto da sede do juízo onde se processa o inventário. O procedimento a ser observado é idêntico ao do inventário e partilha.

39 O PROCEDIMENTO DO INVENTÁRIO

São três as espécies de inventário judicial: o tradicional ou solene, o arrolamento e o arrolamento sumário. Este último só terá cabimento quando todos os herdeiros forem maiores e capazes, estiverem de acordo quanto aos bens a serem inventariados e ao modo pelo qual a partilha se aperfeiçoará, e preferirem ingressar em juízo, já que, nesse caso, o inventário e a partilha poderiam ser feitos por escritura pública. O arrolamento cabe quando o valor do espólio não superar 2.000 ORTNs (CPC, art. 1.036), ainda que haja incapazes ou desacordo entre os herdeiros. O inventário tradicional é o adequado quando não estiverem preenchidos os requisitos para a adoção dos outros dois procedimentos.

O procedimento mais complexo é o do inventário tradicional ou solene, a ser visto em seguida. Em capítulo próprio serão estudadas as peculiaridades do arrolamento e do arrolamento sumário.

39.1. COMPETÊNCIA

Ainda que o falecido fosse estrangeiro e residisse fora do Brasil, o inventário e a partilha dos bens aqui situados serão de competência exclusiva da Justiça brasileira (CPC, art. 89). Em contrapartida, os bens situados no estrangeiro serão inventariados e partilhados no local em que se encontram.

No Brasil, o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, serão processados perante o foro do domicílio do autor da herança, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro (CPC, art. 96, I). Trata-se de regra de

competência relativa, o que impede o juiz de dar-se por incompetente de ofício (Súmula 33 do STJ).

Como o Código Civil admite a multiplicidade de domicílios, se isso ocorrer, a competência será determinada por prevenção. Caso, porém, o autor da herança não possuísse domicílio certo, a competência será do foro de situação dos bens. Se eles estiverem em lugares diferentes, passará ao foro do lugar em que ocorreu o óbito.

O juízo do inventário atrai as ações propostas contra o espólio. No entanto, essa *vis attractiva* não é bastante para modificar regras de competência absoluta, e só tem por objeto aquelas ações relacionadas com direito sucessório e que, de alguma maneira, repercutam sobre o inventário e a partilha.

Uma ação real imobiliária não será atraída pelo juízo do inventário, porque a competência do foro de situação da coisa é absoluta. Também não será atraída ação que, embora tenha o espólio no polo passivo, não apresente nenhuma relevância do ponto de vista sucessório.

As ações de investigação de paternidade, ajuizadas por pretensos herdeiros do *de cujus*, não serão igualmente atraídas, porque o polo passivo não será ocupado pelo espólio, mas pelos herdeiros do falecido.

Naquelas comarcas em que houver Vara Especializada de Família e Sucessões, será ela competente para processar o inventário. Nas demais, será competente a Vara Cível.

39.2. O PRAZO PARA ABERTURA

O inventário e a partilha devem ser requeridos no prazo de sessenta dias a contar do óbito, ultimando-se nos doze meses subsequentes (CPC, art. 983). O juiz pode dilatar esse prazo, se houver motivo justo, e só punirá o inventariante, removendo-lhe o cargo, se o atraso decorrer de culpa sua.

Superados os sessenta dias sem que nenhum interessado requeira a abertura, o juiz determinará, de ofício, que se inicie. O atraso não provocará o indeferimento da abertura do inventário, mas os Estados poderão impor multa como sanção para a desobediência ao prazo. O Supremo Tribunal Federal já declarou constitucionais as multas fixadas pelos Estados-Membros como sanção ao retardamento do inventário.

No Estado de São Paulo, essa multa é de 10%, que se elevará a 20% se a abertura do inventário só for requerida após 180 dias.

39.3. O VALOR DA CAUSA E AS CUSTAS INICIAIS

O valor da causa deve corresponder ao do monte-mor, isto é, o de todos os bens que integram o inventário. Como já salientado anteriormente, devem ser inventariados não apenas os bens que passarão aos herdeiros, mas também a meação do cônjuge supérstite. Portanto, o valor da causa incluirá o valor dos bens que compõem essa meação. As custas iniciais serão calculadas, no Estado de São Paulo, na forma da Lei n. 11.608, de 29 de

dezembro de 2003.

O valor dos bens será atribuído por quem requerer a abertura, podendo ser impugnado por qualquer interessado. Se necessário, poderá ser determinada avaliação judicial. O valor dos bens imóveis deve corresponder àquele que serve de base para o lançamento de impostos (valor venal).

39.4. AS QUESTÕES DE ALTA INDAGAÇÃO

De acordo com o art. 984 do Código de Processo Civil, "O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas".

As questões de alta indagação, portanto, não são aquelas de maior complexidade, mas as que envolvam fato que demande a produção de prova oral ou pericial. Por mais complexa que seja a questão, o juiz terá de decidi-la no próprio inventário, se for exclusivamente de direito, ou se demandar somente prova documental.

Como exemplos de alta indagação podem ser citados a admissão de herdeiro, que envolve investigação de paternidade, a exclusão de herdeiro por indignidade ou o reconhecimento de que o *de cujus* vivia com alguém em união estável.

39.5. O REQUERIMENTO DE ABERTURA

Os arts. 987 e 988 do Código de Processo Civil enumeram os legitimados a requerer a abertura do inventário. Caso nenhum deles o faça, o juiz determinará a abertura de ofício. Não há necessidade de observação da ordem estabelecida pelo dispositivo legal, nem o rol nele contido é exaustivo, bastando lembrar que o companheiro terá interesse em requerer a abertura do inventário, apesar de não incluído na relação.

Caso a petição inicial esteja em termos, o juiz nomeará o inventariante, que prestará compromisso no prazo de cinco dias.

39.6. O ADMINISTRADOR PROVISÓRIO E O INVENTARIANTE

Incumbirá ao inventariante a representação judicial do espólio até que se ultime a partilha. Porém, até que ele seja nomeado e compromissado, o espólio será representado pelo administrador provisório, observado o art. 1.797 do Código Civil. Ele deve trazer ao acervo os frutos que durante sua gestão tenha percebido. Em contrapartida, pode cobrar as despesas necessárias e úteis que tenha feito, embora deva ressarcir pelos danos a que der causa.

A função de inventariante será atribuída obedecendo-se à ordem do art. 990 do Código de Processo Civil, que deverá ser respeitada, salvo se houver

motivo relevante que determine o contrário ou recusa daquele que tenha preferência. O inventariante deve ser sempre maior e capaz.

Na falta ou impedimento das pessoas enumeradas nos incisos do art. 990, o juiz nomeará inventariante dativo, entre as pessoas idôneas que aceitem o encargo. Embora ele tenha quase as mesmas atribuições, deveres e direitos que o comum, falta-lhe legitimidade para representar ativa e passivamente o espólio. Assim, "Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte" (CPC, art. 12, § 1º).

O compromisso será prestado no prazo de cinco dias, sendo dispensado nos arrolamentos.

39.7. ATRIBUIÇÕES DO INVENTARIANTE

Incumbe a ele representar ativa e passivamente o espólio, em juízo e fora dele (salvo se for dativo), bem como administrar os bens do acervo, com toda diligência.

Além dessas, tem o inventariante outras atribuições, enumeradas no art. 991, III a VIII, do Código de Processo Civil. Cabe a ele prestar as primeiras e as últimas declarações, exibir os documentos relativos ao espólio, juntar a certidão de testamento, trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído, prestar as contas de sua gestão e requerer a declaração de insolvência.

Há outras atribuições que são cometidas ao inventariante, mas desde que ouvidos os interessados e com autorização do juiz. O art. 992 enumera quais são essas atribuições.

39.8. REMOÇÃO E DESTITUIÇÃO DO INVENTARIANTE

A remoção e a destituição têm, em comum, o fato de que ambas implicam a perda do cargo pelo inventariante. A diferença entre elas é que a remoção é punição em decorrência de falta cometida no exercício do encargo, enquanto a destituição provém de um fato externo ao processo não ligado ao exercício da função. Assim, se o inventariante for preso em razão de condenação criminal, e não puder continuar exercendo o encargo, será destituído. Se, no entanto, ele for desidioso no cumprimento de suas tarefas, a providência adequada será a sua remoção.

O art. 995 enumera quais os fatos, omissivos e comissivos, que ensejam a remoção. Ela pode ser determinada de ofício pelo juiz, desde que isso seja necessário para o resguardo dos interesses do espólio. No entanto, em regra, deve ser solicitada por algum interessado.

O incidente de remoção correrá em apenso, e o inventariante será intimado a defender-se em cinco dias, produzindo as provas que entender necessárias.

Pode o pedido ser formulado a qualquer tempo. Seu deferimento obrigará o juiz a nomear outro inventariante. O removido entregará ao

substituto os bens do espólio, sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão de posse, conforme o bem seja móvel ou imóvel.

A decisão que remove o inventariante é interlocutória, pois não põe fim ao inventário. Contra ela caberá, portanto, o agravo de instrumento, e não a apelação.

39.9. PRIMEIRAS DECLARAÇÕES

O inventariante tem vinte dias, a contar da data em que prestou compromisso, para apresentar as primeiras declarações.

O art. 993 do Código de Processo Civil enumera o que elas deverão conter. Essencialmente, o nome e a qualificação do *de cujus*, do cônjuge supérstite e dos herdeiros, indicando o grau de parentesco deles com o falecido e o regime em que este era casado. Também serão apontados e individualizados os bens do espólio, procedendo-se ao balanço do estabelecimento, se ele era comerciante em nome individual, ou a apuração de haveres, se era sócio de sociedade não anônima.

39.10. CITAÇÕES

Serão citados o cônjuge, os herdeiros, os legatários, o testamenteiro, se houver testamento, a Fazenda Pública e o Ministério Público, se houver testamento ou incapazes.

Somente as pessoas domiciliadas na comarca em que se processar o inventário serão citadas pessoalmente. As demais, por edital, com prazo de vinte a sessenta dias, ainda que tenham domicílio certo e conhecido.

A Fazenda que deve ser citada é a estadual. Não são citados os cônjuges dos herdeiros, seja qual for o regime de bens, porque não são sucessores *mortis causa*. No entanto, qualquer ato de disposição dependerá de outorga uxória, porque o direito à sucessão aberta é considerado bem imóvel por determinação legal (CC, art. 80, II).

Quadro sinótico

Inventário

39.11. IMPUGNAÇÕES

Quando forem concluídas as citações, as partes terão prazo de dez dias para se manifestarem sobre as primeiras declarações, cabendo-lhes: "I — arguir erros e omissões; II — reclamar contra a nomeação do inventariante; III — contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro" (CPC, art. 1.000). Acolhida a reclamação referida no inciso I, o juiz mandará retificar as primeiras declarações; a procedência do pedido (inciso II) implicará a nomeação de outro inventariante. Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro constitui matéria de alta indagação, o juiz remeterá as partes às vias ordinárias, sobrestando a entrega do quinhão ao herdeiro impugnado até o julgamento da ação.

De acordo com o art. 1.039, o sobrestamento cessará se, em trinta dias, não for proposta a ação para exclusão do herdeiro impugnado.

Pode ocorrer, também, que haja reclamação daquele que tenha sido preterido nas primeiras declarações. A admissão no inventário poderá ser feita a qualquer tempo, antes da partilha. As partes serão ouvidas no prazo de dez dias, e o juiz, a princípio, decidirá no próprio processo de inventário.

Se houver, porém, necessidade de produção de outras provas, que não meramente documentais, o juiz remeterá o interessado para as vias ordinárias, mandando reservar em poder do inventariante o quinhão que lhe possa corresponder, até a solução do litígio. Se no prazo de trinta dias o interessado não propuser a ação, cessa a eficácia da medida que determinou a reserva de bens.

Por fim, no prazo de vinte dias após a conclusão das citações, a Fazenda Pública informará ao juízo o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações, de acordo com os dados constantes do cadastro imobiliário (CPC, art. 1.002). Essa providência, no entanto, será despicienda quando o inventariante, ao prestar as primeiras declarações, comprovar o valor venal do imóvel, juntando os lançamentos fiscais.

39.12. AS AVALIAÇÕES

Os arts. 1.003 a 1.010 do Código de Processo Civil cuidam da avaliação dos bens inventariados. Duas são as suas finalidades: fazer com que eles sejam corretamente partilhados, sem que nenhum dos sucessores fique prejudicado, e permitir o cálculo dos impostos, principalmente o *mortis causa*.

A avaliação será dispensada quando: **a)** todas as partes forem capazes e a Fazenda Pública, intimada, concordar com o valor atribuído aos bens nas primeiras declarações; **b)** for desnecessário avaliar aqueles bens cujo valor tenha sido declarado pela Fazenda Pública, sem que tenha havido impugnação; **c)** for instituído, sobre todos os bens, um condomínio entre os diversos herdeiros, com igualdade de quinhões, desde que a Fazenda não tenha impugnado. A razão é evidente: se os quinhões vão ser distribuídos igualmente sobre todos os bens, nenhum sucessor será beneficiado em detrimento dos demais.

A avaliação é feita por perito ou avaliador judicial, se houver,

obedecendo, no que for aplicável, ao disposto nos arts. 681 a 683 do Código de Processo Civil.

As partes terão o prazo de dez dias para manifestar-se sobre o laudo. Caso o juiz acolha a impugnação, o perito retificará o laudo. A avaliação só será repetida nas hipóteses do art. 1.010 do Código de Processo Civil.

39.13. AS ÚLTIMAS DECLARAÇÕES E OS IMPOSTOS

Encerrada a fase de avaliações, com a aceitação do laudo ou com a solução das impugnações, será lavrado um termo de últimas declarações, que porá fim à fase de inventário. O inventariante poderá, nessa fase, emendar, aditar ou complementar as primeiras declarações.

Assim, caso algum bem tenha sido omitido, o inventariante o incluirá. Havendo omissão sobre coisa de cuja existência tinha ciência, poderá sofrer ação de sonegados.

Terão as partes o prazo de dez dias para manifestar-se sobre as últimas declarações; depois disso, será feito o cálculo do imposto. A transmissão de bens em decorrência do falecimento fará incidir o *causa mortis*, cuja alíquota será aquela vigente ao tempo da abertura da sucessão (Súmula 112 do STF). A sua base de cálculo é o valor venal do bem transmitido, incidindo sobre a transmissão de bens móveis e imóveis. A alíquota atual é de 4% sobre o valor venal.

Pode ocorrer também a incidência de imposto *inter vivos*, quando ao cônjuge meeiro ou herdeiro for atribuído um quinhão que ultrapasse a meação ou a cota devidas. Assim, se ele receber mais do que lhe cabia, por força de convenção entre os interessados, será necessário recolher o imposto *inter vivos*, calculado sobre aquilo que foi transmitido a mais ao cônjuge ou sucessor.

O cálculo do imposto será feito pelo contador, e as partes manifestar-se-ão em cinco dias. Depois, a Fazenda Pública será ouvida. Caso seja acolhida a impugnação, o juiz devolverá os autos ao contador, para retificação. Depois, julgará o imposto, por meio de decisão interlocutória agravável.

39.14. AS COLAÇÕES

Os arts. 2.002 e 2.003 do Código Civil formulam um conceito de colação: é o ato pelo qual os descendentes, que concorrerem à sucessão do ascendente comum, são obrigados a conferir as doações e os dotes que receberam em vida, sob pena de sonegados, com a finalidade de igualar as legítimas.

É dever imposto ao descendente, pois o art. 544 do Código Civil considera a doação de pais a filhos adiantamento de legítima. Isso significa que aquilo que o descendente recebeu de seu pai, em vida, deve ser trazido ao inventário e colacionado, para que ele não seja indevidamente favorecido.

Como regra geral, os bens devem ser trazidos ao inventário. Porém, caso o donatário já não os possua, será levado à colação o seu valor. O art.

2.004 do Código Civil estabelece que o valor será aquele da data da doação, incidindo sobre ele correção monetária. Não vigora mais o parágrafo único do art. 1.014 do Código de Processo Civil, que dizia que o bem deve ser colacionado pelo valor que tinha na data da abertura da sucessão.

Aqueles que herdarem por representação, seja porque o representado é premorto, seja porque foi excluído por indignidade ou deserdação, terão de colacionar os bens que o representado teria de conferir. O que renunciou à herança não fica isento de conferir as doações recebidas, pois terá de repor a parte inoficiosa.

Os arts. 2.004, § 2º, 2.010 e 2.011 do Código Civil elencam aqueles bens que não precisam ser trazidos à colação, que será feita por termo nos autos do inventário no prazo de dez dias depois de concluídas as citações.

Se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de conferir, o juiz ouvirá as partes em cinco dias, e decidirá à vista das alegações e provas produzidas (CPC, art. 1.016). Não acolhida a negativa do herdeiro, o juiz mandará que em cinco dias ele proceda a conferência, sob pena de sequestro dos bens. Caso o herdeiro não os tenha mais consigo, o juiz mandará imputar o seu valor no quinhão que lhe couber.

Se a matéria for de alta indagação, as partes serão remetidas às vias ordinárias, mas o herdeiro não receberá o seu quinhão senão depois de prestar caução correspondente ao valor dos bens não colacionados.

39.15. O PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

É facultado aos credores, antes da partilha, requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas. O procedimento será aquele previsto nos arts. 1.017 a 1.021 do Código de Processo Civil.

O espólio responde, respeitadas as forças da herança, pelas dívidas do falecido, até a data da partilha. Depois, a dívida terá de ser cobrada dos herdeiros, na proporção da parte que lhes coube na herança.

A cobrança no juízo do inventário será feita por petição, acompanhada de prova literal da dívida, que será distribuída por dependência e apensada aos autos do inventário.

Se houver concordância das partes, o juiz ordenará que se separe dinheiro ou, na sua falta, bens suficientes para o pagamento. Neste último caso, o juiz mandará alienar os bens em hasta pública para pagar o credor com o produto da venda. Este pode, se preferir, adjudicar o bem, o que será deferido pelo juiz desde que concordem todas as partes.

Não havendo concordância de todas as partes quanto ao pagamento, o juiz remeterá o credor às vias ordinárias, salvo se a "dívida constar de documento que comprove suficientemente a obrigação e a impugnação não se fundar em quitação" (CPC, art. 1.018 e parágrafo único).

O procedimento previsto nos arts. 1.017 e seguintes é apenas facultativo. O credor pode optar por promover ação de cobrança ou de execução, se tiver título.

Se a dívida ainda não estiver vencida, o procedimento será praticamente

igual. A única diferença é que o juiz mandará separar dinheiro ou bens suficientes para pagamento, que não se fará de imediato, mas quando a dívida vencer.

A Fazenda Pública não precisa habilitar seus créditos no inventário, devendo valer-se da via executiva, prevista na Lei n. 6.830/80.

Somente depois de pagas as dívidas do espólio é que serão partilhados os bens que restarem. Se elas ultrapassarem o valor da herança, o patrimônio dos herdeiros não responderá pelo excesso. No entanto, os legados serão atingidos se todo o resto já houver sido absorvido pelo pagamento das dívidas. Nesta hipótese o legatário deverá ser intimado para manifestar-se sobre os débitos do espólio, podendo impugná-los.

Quadro sinótico

40 DA PARTILHA

40.1. INTRODUÇÃO

Depois de encerrado o inventário, será feita a partilha, separando-se a meação do cônjuge supérstite.

A partilha é a repartição, entre os herdeiros, do acervo hereditário. Por isso, é evidente que, se só houver um herdeiro, ela não será necessária, bastando adjudicar a ele todos os bens.

Como já ressaltado, a partilha não tem força translativa da propriedade, que se transmite com a abertura da sucessão, mas declaratória de qual o quinhão que cabe a cada herdeiro e quais os bens que o integram.

A partilha será feita depois que as dívidas do espólio tiverem sido pagas, e recairá sobre os bens que remanesceram no acervo, excluída a meação do cônjuge supérstite. Separados os bens suficientes para pagamento dos credores, o juiz concederá às partes o prazo de dez dias para formular o seu pedido de quinhão. Depois disso, em dez dias, proferirá decisão sobre a partilha, resolvendo os pedidos e apreciando o que deverá constituir a cota de cada herdeiro e legatário.

40.2. ESPÉCIES DE PARTILHA

Pode ser amigável ou judicial. A primeira pressupõe que todos os interessados sejam maiores e capazes, e estejam de acordo quanto ao modo de repartir o acervo. A judicial será realizada quando houver divergência

entre os herdeiros ou quando um deles for incapaz.

A partilha amigável pode ser *inter vivos* ou *post mortem*. Em vida, é feita pelo pai ou qualquer ascendente, por escritura pública ou testamento, não podendo prejudicar a legítima dos herdeiros necessários. É feita exclusivamente pelo proprietário dos bens, nunca pelos seus sucessores, que não podem dispor de herança de pessoa viva.

Se a partilha de todos os bens é feita em vida, por meio de escritura pública de doação com reserva de usufruto, p. ex., não haverá necessidade de inventário, nem os bens terão de ser trazidos à colação, podendo apenas haver redução de quinhões, se isso for necessário para a preservação da legítima. A partilha feita por testamento não dispensa o inventário, mas o próprio titular dos bens terá decidido a forma como eles serão repartidos, estabelecendo a cota que caberá a cada um.

Já a partilha amigável *post mortem* é aquela em que os herdeiros, todos maiores e capazes, entram em acordo, no curso do inventário, sobre o modo de dividir os bens. Ela deverá ser formalizada por escritura pública, termo nos autos ou escrito particular homologado pelo juiz.

Somente na partilha judicial será necessário seguir o procedimento previsto no art. 1.022 do Código de Processo Civil, com a formulação de pedidos de quinhão em dez dias, e posterior decisão do juiz no mesmo prazo. Embora o Código de Processo Civil refira-se ao ato judicial que aprecia o pedido de quinhão como despacho, é inegável o seu conteúdo decisório. Portanto, contra esse ato caberá agravo de instrumento.

Proferida a decisão, será organizado, pelo partidor, um esboço de partilha, observando para pagamento a seguinte ordem, fixada no art. 1.023 do Código de Processo Civil: "I — dívidas atendidas; II — meação do cônjuge; III — meação disponível; IV — quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho".

O partidor deve observar a cota hereditária que cabe a cada herdeiro, atribuindo-lhe pagamento proporcional, no acervo hereditário. Os bens deverão ser repartidos. Se isso for impossível ou muito difícil, a solução será fazer com que cada herdeiro fique com uma parte ideal de cada bem, formando-se um condomínio.

As partes terão o prazo de cinco dias para manifestar-se sobre o esboço. Resolvidas as reclamações, a partilha será lançada aos autos, com todos os requisitos do art. 1.025 do Código de Processo Civil.

Depois de pago o imposto *causa mortis* e comprovada a inexistência de dívida perante a Fazenda Pública, o juiz julgará a partilha por sentença. Se ela for amigável, bastará que seja homologada.

Transitada em julgado essa sentença, cada herdeiro receberá o seu quinhão por meio de um documento chamado formal de partilha, que conterá as peças mencionadas no art. 1.027 do Código de Processo Civil, e poderá ser substituído por certidão de pagamento de quinhão hereditário, quando este não superar cinco salários mínimos.

40.3. A ANULAÇÃO E A RESCISÃO DA PARTILHA

A partilha amigável pode ser anulada por qualquer dos defeitos que maculam os negócios jurídicos, como, p. ex., o erro, o dolo e a coação. Também em razão da existência de herdeiro incapaz, que torna necessária a partilha judicial.

A ação anulatória é proposta perante a primeira instância, no prazo decadencial de um ano, que correrá da cessação da coação, quando for este o vício; do dia em que se realizou o ato, quando houver erro ou dolo; ou da cessação da incapacidade, quando for este o defeito.

A partilha judicial não será anulada, mas rescindida, nas hipóteses do art. 1.030 do Código de Processo Civil: quando existente algum dos defeitos do negócio jurídico, se feita com preterição das formalidades legais, ou quando tenha preterido herdeiro ou incluído quem não o seja. A rescisão da sentença deverá ser feita por ação rescisória, no prazo de dois anos.

Tem-se decidido que, ainda no caso de partilha judicial, se não houve litígio entre os herdeiros (p. ex., só porque há incapaz, sem que haja divergência), será adequada a sua anulação, restringindo-se a ação rescisória para quando a sentença for efetivamente de mérito, com apreciação de impugnações.

Eventuais terceiros prejudicados poderão também ajuizar ação de nulidade da partilha, que poderá ser cumulada com petição de herança, no prazo de vinte anos.

Inexatidões materiais da partilha poderão ser corrigidas a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do interessado.

Quadro sinótico

Partilha

Partilha judicial

41 DO ARROLAMENTO

É uma forma simplificada de inventariar os bens, quando eles forem de

pequeno valor, até o limite de 2.000 ORTNs, que correspondem a 13.840 BTNs. Não se confunde com o arrolamento sumário, que é também forma simplificada de inventário, utilizada seja qual for o valor dos bens, quando todos os herdeiros forem maiores e capazes e não houver divergência entre eles.

Desde que os bens estejam dentro daquele valor, a adoção do arrolamento é obrigatória, sendo irrelevante que haja incapazes ou divergência entre os herdeiros.

Qualquer uma das pessoas enumeradas nos arts. 987 e 988 do Código de Processo Civil pode requerer a abertura do arrolamento, instruindo o pedido com certidão de óbito. O juiz nomeará, em seguida, um inventariante, que não precisa prestar compromisso. Ele apresentará, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha (CPC, art. 1.036).

As partes ou o Ministério Público, que intervirá sempre que houver incapazes ou testamento, poderão impugnar o valor atribuído aos bens. Se isso ocorrer, o juiz nomeará um avaliador, que apresentará laudo em dez dias.

Deverão ser exibidas as provas de quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas. Eventuais herdeiros que não estejam representados serão citados.

Em seguida, o juiz solucionará todas as questões suscitadas pelas partes e pelo Ministério Público, deliberando sobre a partilha. Se houver necessidade de colheita de prova oral, será designada audiência.

Julgada a partilha (ou a adjudicação, quando o herdeiro for único), com trânsito em julgado, será expedido o respectivo formal (ou carta de adjudicação).

42 DO ARROLAMENTO SUMÁRIO

É forma bastante reduzida de inventário e partilha, que só pode ser utilizada quando todos os herdeiros forem maiores e capazes, e estiverem de acordo quanto à forma de repartir os bens, seja qual for o valor deles. Perdeu boa parte de sua utilidade depois da entrada em vigor da Lei n. 11.441/2007, que permite inventário e partilha por escritura pública, quando presentes as situações autorizadoras do arrolamento sumário. Parece-nos que cumprirá aos interessados optar entre ele e inventário e partilha extrajudiciais.

No arrolamento sumário, a partilha amigável, que observará o disposto no art. 2.015 do Código Civil, será apresentada para homologação ao juiz, acompanhada de comprovação do pagamento dos tributos relativos ao espólio e às suas rendas.

Como exige-se a concordância de todos, a falta de algum herdeiro, que não tenha sido localizado, impede a adoção do arrolamento sumário, obrigando a citação do sucessor ausente.

A existência de testamento não obsta a sua utilização, desde que todos

sejam capazes e não haja divergência. Nesse caso, porém, o arrolamento sumário terá a intervenção do Ministério Público.

Quando houver herdeiros casados, os respectivos cônjuges também terão de outorgar procuração, em face do caráter negocial da partilha amigável.

No arrolamento sumário não se lavrarão termos de qualquer espécie. Assim, ficam dispensados o termo de compromisso, o de primeiras declarações e o de partilha. Na petição inicial, que virá acompanhada da certidão de óbito e de procuração de todos os herdeiros e respectivos cônjuges, deverá ser requerida, pelos herdeiros, a nomeação de um inventariante, que eles próprios designarão. Também serão enumerados os herdeiros, os títulos de cada um e os bens do espólio. A eles será atribuído um valor, para fins de partilha.

A Fazenda Pública não é citada, porque o imposto de transmissão *causa mortis* será cobrado por via administrativa. Também eventual diferença de taxa judiciária poderá ser cobrada por lançamento administrativo, porque a Fazenda não fica adstrita ao valor que os herdeiros atribuíram aos bens. Por isso, ela deve ser intimada da sentença homologatória, pois tem interesse em fazer a cobrança posterior, em via administrativa, dos tributos de que seja credora.

A avaliação é desnecessária, salvo se algum credor requerer a reserva de bens suficientes para o seu pagamento e impugnar os valores atribuídos (art. 1.035, parágrafo único).

A existência de algum credor do espólio não impede a homologação da partilha ou da adjudicação, desde que sejam reservados bens suficientes para pagamento da dívida. Essa reserva será feita pelo valor estimado dos bens, salvo se for impugnado pelo credor, caso em que deverá ser feita avaliação.

Homologada a partilha ou a adjudicação, serão expedidos o formal ou a carta.

Quadro sinótico

Capítulo X
DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

43 INTRODUÇÃO

Os embargos de terceiro são uma ação de conhecimento que tem por fim livrar de constrição judicial injusta bens que foram apreendidos em um processo no qual o seu proprietário ou possuidor não é parte.

Como regra, apenas os bens das partes podem ser atingidos por ato de apreensão judicial. Somente em hipóteses excepcionais, expressamente previstas, será possível atribuir responsabilidade patrimonial a quem não figura no processo, tornando lícita a apreensão de seus bens. Assim, ressalvadas essas situações, em que se atribui responsabilidade patrimonial a terceiro (CPC, art. 592), nenhum ato de constrição pode atingir coisa de quem não seja autor ou réu.

Se isso ocorrer, a ação adequada para desconstituir a apreensão indevida são os embargos de terceiro, cujo ajuizamento pressupõe a existência de uma constrição judicial que ofenda a posse ou a propriedade de um bem de pessoa que não seja parte no processo.

Não se confundem, assim, os embargos de terceiro e as ações possessórias. Estas fundam-se exclusivamente na posse turbada ou esbulhada, ao passo que aqueles podem ser ajuizados pelo possuidor ou pelo proprietário. Ademais, a turbação ou o esbulho que justificam os embargos são aqueles perpetrados por oficial de justiça, no cumprimento de uma determinação judicial. Portanto, se eles decorrerem de ato de particular, ou até de entidade pública, mas não de uma apreensão judicial, a ação adequada será a possessória.

Também não se confundem embargos de terceiro e oposição. Nos embargos, o terceiro não formula pedido coincidente com aquele da ação principal, não havendo relação de prejudicialidade entre as demandas. Já o pedido, na oposição, coincide, total ou parcialmente, com o pedido formulado na ação principal.

Então, se *A* ajuíza ação reivindicatória contra *B*, e outra pessoa, *C*, entende ser o verdadeiro titular da coisa, pretendendo igualmente reavê-la, a oposição será a via adequada. Afinal, tanto *A* quanto *C* pretendem recuperar o mesmo objeto, que está com *B*. A procedência do pedido de *C* resultará, inexoravelmente, na improcedência do pedido de *A*, em face da relação de prejudicialidade. Inexiste, nesse caso, ato de apreensão judicial a ser desconstituído.

Já nos embargos, o terceiro não formula pedido coincidente com o formulado na ação principal, mas sofre turbação ou esbulho decorrente de uma apreensão judicial. P. ex., se em uma possessória entre *A* e *B* for

deferida liminar, e o oficial de justiça, no momento de cumpri-la, apreender equivocadamente um bem de *C*, a ação cabível será a de embargos de terceiro. A procedência deles não implica a improcedência da ação principal, mas a desconstituição do ato de constrição judicial.

A distinção fica mais evidente quando se pensa no processo de execução. Os embargos de terceiro serão oponíveis sempre que o arresto ou penhora recair sobre bem de quem não esteja sendo executado. No entanto, não cabe oposição, que só existe quando o terceiro pretende para si aquilo que as partes disputam no processo principal. E, no processo de execução, as partes principais não estão mais disputando, pois já há título executivo. Apenas o exequente procura, por meio de atos materiais, concretizar o comando contido no título.

44 REQUISITOS

São quatro os requisitos para a oposição dos embargos de terceiro: a) a existência de um ato de apreensão judicial; b) que o embargante seja proprietário ou possuidor da coisa; c) que seja terceiro; d) que se obedeça ao prazo fixado no art. 1.048 do Código de Processo Civil.

44.1. O ATO DE APREENSÃO JUDICIAL

Sem ele não se pode falar em embargos de terceiro. Se o esbulho ou turbação de bem não decorreu de uma determinação judicial, a ação do proprietário ou possuidor será outra (reivindicatória ou possessória).

Como é sempre necessário que haja apreensão judicial, os embargos de terceiro pressupõem sempre a existência de outra ação, em que a constrição indevida tenha sido determinada. Por isso é que os embargos de terceiro serão sempre distribuídos por dependência ao juízo da ação principal.

É muito comum que a ação principal seja executiva, porque nela ocorrem mais frequentemente os atos de apreensão judicial. No entanto, os embargos de terceiro podem estar vinculados também a ação de conhecimento ou cautelar, desde que nelas seja efetivada uma constrição de bem de terceiro.

O art. 1.046, *caput*, dá uma enumeração meramente exemplificativa de atos de apreensão judicial: penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário e partilha.

44.2. QUALIDADE DE SENHOR OU POSSUIDOR

Os embargos de terceiros podem estar fundados em propriedade ou posse. Não nos parece acertada a opinião restritiva, derivada de uma interpretação literal do art. 1.046, *caput*, que sugere só serem cabíveis os

embargos em favor daquele que sofreu turbação ou esbulho em sua posse.

A pessoa que recebe escritura pública de um imóvel, e a leva a registro, tornando-se proprietária, pode usar os embargos de terceiro, se a coisa for penhorada em execução contra o vendedor, antes mesmo que tenha havido a tradição, desde que a alienação seja anterior à citação no processo executivo. Nesse caso, os embargos de terceiro estarão fundados exclusivamente no domínio, pois a posse ainda não foi transmitida ao adquirente.

44.3. A QUALIDADE DE TERCEIRO

Quem é parte no processo não pode veicular os embargos de terceiro, devendo valer-se das vias processuais adequadas. Se o juiz determinou ato de apreensão judicial sobre seus bens, serão cabíveis os recursos apropriados, ou, no processo de execução, o aforamento de embargos de devedor.

Para apurar quem é terceiro, basta verificar quem não é parte, ou seja, quem não figura como autor ou réu. Não pode usar os embargos a parte ilegítima, porque a ilegitimidade não lhe retira a qualidade de parte. Porém, o assistente simples, que é mero interveniente, tem legitimidade para fazê-lo.

Há, contudo, situações em que o ato de apreensão judicial pode atingir bens de terceiro, sem que ele possa utilizar-se com sucesso dos embargos. São os casos em que alguém, mesmo não sendo parte, tem responsabilidade patrimonial. O art. 592 do Código de Processo Civil enumera as situações em que terceiro responde por dívida alheia.

Algumas delas são muito relevantes. O sócio responde pelas dívidas da sociedade, nos termos da lei. Também responde quando se verificar que a pessoa jurídica foi utilizada como capa para afastar a responsabilidade pessoal dos sócios, que agiram com abuso e má-fé, no intuito de prejudicar terceiros. Trata-se de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Sempre que isso ocorrer, será possível atingir os bens pessoais dos sócios, ainda que a execução seja contra a sociedade. Controverte--se sobre a necessidade de, nesse caso, incluí-los no polo passivo da execução. Determinada a inclusão, eles se defenderão por embargos de devedor, já que terão se tornado partes; mas, se não forem incluídos, embora seus bens tenham sido penhorados, deverão valer-se dos embargos de terceiro. Porém, constatadas a fraude e a má-fé, os embargos não serão acolhidos, porque a responsabilidade patrimonial ter-se-á estendido a eles.

O adquirente de bens alienados ou gravados com fraude de execução também é responsável (CPC, art. 592, V).

A fraude à execução ocorre nas hipóteses do art. 593 do Código de Processo Civil e pressupõe a existência de demanda em curso quando da alienação dos bens. Embora ainda remanesça alguma controvérsia, é amplamente majoritário o entendimento de que ela só se configura quando o devedor já estava citado na ação em curso.

O juiz declarará a ineficácia do negócio jurídico, sem que seja necessário ajuizar ação autônoma. O terceiro adquirente do bem poderá tentar

livrá-lo da constrição por meio de embargos. No entanto, provada a fraude, os embargos serão improcedentes.

Mais séria é a controvérsia sobre a possibilidade de o credor requerer, no bojo dos embargos de terceiro, que o juiz reconheça a fraude contra credores, a qual se distingue por ser perpetrada antes que haja demanda em curso. Para parte da doutrina, ela também gera ineficácia, e não anulabilidade, do negócio. Assim, seria possível reconhecê-la no bojo dos embargos, sem a propositura de ação autônoma, julgando-os improcedentes.

Outros entendem, porém, que a fraude gera a anulação do negócio, e só pode ser declarada em ação autônoma, chamada pauliana, na qual figurarão, no polo passivo, tanto o adquirente do bem quanto o alienante (que não figura em nenhum dos polos nos embargos de terceiro).

O Superior Tribunal de Justiça inclinou-se por essa segunda posição, editando a Súmula 195: "Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores".

O art. 592, IV, do Código de Processo Civil atribui responsabilidade patrimonial ao cônjuge nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida. Sobre os embargos de terceiro opostos pelo cônjuge falar-se-á, mais tarde, em capítulo próprio.

Sempre houve muita controvérsia sobre a legitimidade do compromissário-comprador para opor embargos de terceiro, livrando da constrição o bem que lhe foi prometido. A Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal condicionava a oposição dos embargos a que o compromisso estivesse registrado no Registro de Imóveis.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 84, que revogou a anterior do Supremo Tribunal Federal, permitindo a oposição dos embargos de terceiro fundados em posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel ainda que desprovido de registro.

Não é possível que aquele que não foi parte, mas teve o seu direito material postulado ou defendido em juízo, valha-se de embargos de terceiro. Trata-se das situações em que o legislador permite a substituição processual, atribuindo a alguém permissão para defender em nome próprio direito alheio. O substituto, legitimado processual, que figura como parte, não é o titular do direito material, que pertence ao substituído. Quando isso ocorre, o substituído fica sujeito aos efeitos da sentença, como se parte fosse, podendo, se quiser, intervir no feito na qualidade de assistente litisconsorcial.

Conquanto o substituído não tenha sido parte, ele é atingido pela coisa julgada, por ser o titular do direito material. É o que ocorre na hipótese de alienação de coisa litigiosa (art. 42, *caput* e § 3º), quando se mantêm as partes originárias. O alienante não é mais titular do direito material, transferido ao adquirente. Há, assim, uma hipótese de substituição processual, pois o alienante continua no processo, defendendo em nome próprio interesses que já transferiu ao adquirente. Este poderá, querendo, intervir como assistente litisconsorcial. Intervindo ou não, a sentença estenderá a ele os seus efeitos, impedindo-o de invocar a sua qualidade de terceiro, para livrar a coisa da constrição judicial por meio dos embargos.

Tal como existem terceiros que, apesar dessa qualidade, não podem

opor os embargos, há aqueles que, posto figurem no processo, equiparam-se a terceiros. São situações em que alguém é parte, mas, para o fim de opor embargos, é equiparado a terceiro.

A hipótese está prevista no art. 1.046, § 2º, do Código de Processo Civil: "Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial".

É o que ocorre quando *A* move ação possessória em face de *B*, julgada procedente, tendo por objeto um determinado imóvel, mas a constrição judicial recai sobre bem diverso do que foi objeto do litígio, embora também pertencente a *B*.

44.4. O PRAZO

Conforme já foi ressaltado, os embargos de terceiro podem estar associados a um processo de conhecimento, de execução ou cautelar. O prazo para oposição varia de acordo com a natureza do processo ao qual os embargos estão ligados. Se for de conhecimento, eles poderão ser opostos até o trânsito em julgado da sentença. Portanto, ainda que o processo esteja em instância superior, para apreciação de recurso. Se for de execução, o prazo será de até cinco dias depois da arrematação ou adjudicação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Se for cautelar, mister lembrar a necessidade de propositura da ação principal, pois não existe cautelar satisfativa, mas preparatória ou incidental, em relação a um processo de conhecimento ou de execução. E o prazo para oposição dos embargos de terceiro, quando o ato de apreensão ocorrer na cautelar, será o mesmo que o terceiro teria se a apreensão tivesse ocorrido no processo principal.

45 EMBARGOS DE TERCEIRO DO CÔNJUGE

Um cônjuge responde pela dívida contraída pelo outro desde que ela tenha revertido em proveito de ambos ou da família. E, até prova em contrário, presume-se que a dívida de um beneficiou o outro, seja qual for o regime de bens do casamento, salvo se for decorrente de ato ilícito.

Assim, aquele que quiser livrar da constrição seus bens próprios ou a sua meação, na execução ajuizada contra o outro cônjuge, deverá opor embargos de terceiro, demonstrando que a dívida não o beneficiou.

A legitimidade para opor embargos de terceiro, livrando da penhora a sua meação, deve ser reconhecida, ainda que o cônjuge tenha sido intimado da penhora, na forma do art. 669, parágrafo único, do Código de Processo Civil (Súmula 134 do STJ).

Tem sido reconhecida também a legitimidade do cônjuge para opor embargos à execução, com a finalidade de discutir a dívida, ainda que a

execução não tenha sido movida contra ele. Assim, o marido ou a mulher do executado tem dupla legitimidade: para discutir a dívida, opondo embargos à execução, e para livrar da penhora os bens próprios ou de sua meação, por meio de embargos de terceiro. Nada impede que ele oponha as duas coisas, com fundamento em títulos diversos.

O acolhimento dos embargos de terceiro livrará da penhora a sua meação ou os bens próprios. A exclusão da meação será considerada em cada bem do casal, e não sobre a totalidade deles. No entanto, penhorada coisa indivisível, e excluída a meação do cônjuge, ela irá inteira à hasta pública, restituindo-se-lhe a metade do preço alcançado.

46 CASOS ESPECIAIS DE EMBARGOS DE TERCEIRO (ART. 1.047)

O art. 1.047 do Código de Processo Civil, em seus incisos, previu duas situações especiais em que serão cabíveis os embargos de terceiro.

A primeira tem por fim a defesa da posse, "quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos" (inciso I).

Trata-se de situação em que um terceiro, que não é parte na ação de divisão ou demarcação, tem seu imóvel atingido pelos atos praticados nessas demandas. Assim, se ao fazer a demarcação entre dois imóveis acaba atingindo-se um terceiro, de quem não é parte, a defesa da posse será feita por embargos de terceiro. Idêntica situação ocorrerá quando, ao fazer-se a divisão de um imóvel, atingir-se bem diverso daquele que está sendo dividido.

A segunda situação é a dos embargos de terceiro atribuídos ao credor com garantia real, para "obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese" (inciso II).

O credor com garantia real tem direito de preferência sobre o produto da alienação da coisa, devendo ser intimado da realização da penhora e da hasta pública (CPC, arts. 615, II, e 698).

Um bem hipotecado a um terceiro não é impenhorável. Porém, como a hipoteca atribui preferência ao seu titular, o credor hipotecário, que não é parte na execução, terá de ser intimado para fazer valer essa preferência.

Caso o devedor tenha outros bens livres e desembaraçados, o credor hipotecário poderá opor embargos de terceiro, para que seja desconstituída a penhora sobre o bem hipotecado, transferindo-a para os livres. No entanto, se o devedor não os tiver, o credor hipotecário não pode impedir a hasta pública, tendo de limitar-se a solicitar que seja respeitada a sua preferência: "O credor hipotecário tem direito de preferência ao levantamento do preço depositado, ainda que não haja proposto a execução e penhorado o imóvel hipotecado" (STJ, 3ª T., REsp 53.311-SP).

Também será possível ao credor hipotecário opor embargos de terceiro

para obstar a hasta, desde que não tenha sido intimado com dez dias de antecedência. A falta de intimação impedirá a realização daquela hasta, mas não a designação de outra data para a sua efetivação, salvo se o credor demonstrar que existam outros bens sobre os quais a penhora pode recair.

47 PROCEDIMENTO

Os embargos de terceiro serão distribuídos por dependência ao juízo em que foi ordenada a apreensão judicial, ainda que o processo principal já tenha sido remetido à segunda instância, para apreciação do recurso.

Quando a penhora de bens é feita por carta precatória, os embargos de terceiro serão opostos no juízo deprecado, salvo se o bem apreendido tiver sido indicado pelo juízo deprecante (Súmula 33 do extinto TFR).

A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. O valor da causa não será, necessariamente, igual ao da ação principal, mas do benefício patrimonial que se pretende. Como o objeto dos embargos é livrar determinados bens da constrição, o valor da causa deverá corresponder ao valor aproximado desses bens.

O legitimado ativo é o terceiro, ou a parte equiparada a terceiro, nas situações previstas em lei. O passivo é o autor da ação principal, que foi quem deu causa à constrição judicial. Não há necessidade de que o réu do processo principal integre o polo passivo dos embargos de terceiro, em litisconsórcio necessário. Em uma circunstância, porém, o executado deverá integrar o polo passivo dos embargos, em litisconsórcio necessário: quando a constrição deu-se sobre bem que foi por ele nomeado à penhora.

Todos os documentos que o embargante tenha, hábeis a comprovar a posse ou a propriedade da coisa e a sua qualidade de terceiro, devem ser juntados.

Caso o embargante pretenda ouvir testemunhas, o rol já deve ser trazido com a petição inicial. Da mesma forma, se o embargado quiser produzir prova oral, deverá arrolar as suas testemunhas na contestação.

Embora distribuídos por dependência, os embargos correm em autos distintos, que não serão apensados aos do processo em que ocorreu a apreensão judicial. Afinal, é possível que o processo principal já esteja em segunda instância, para a apreciação de recurso. Mas, ainda que o processo principal esteja no juízo de origem, não haverá apensamento.

Ao receber os embargos, o juiz determinará a suspensão do processo principal. Mas, se os embargos versarem sobre apenas alguns dos bens apreendidos, o processo principal prosseguirá quanto aos demais. A suspensão do processo principal perdura até o julgamento definitivo dos embargos. Se eles forem julgados improcedentes, e houver apelação, que é recebida no duplo efeito, persistirá a suspensão do processo principal, até o desfecho do recurso.

Diversa é a situação se o juiz rejeita liminarmente os embargos. Como

somente quando o juiz os recebe é que o processo principal fica suspenso, caso haja rejeição *in limine*, inexistirá suspensão, ainda que contra a sentença de indeferimento da inicial seja interposta apelação.

Caso o processo principal já esteja no Tribunal, o juiz não poderá suspendê-lo, mas apenas comunicar a interposição dos embargos ao relator.

Quando a petição inicial estiver instruída com prova suficiente da posse, o juiz concederá liminar, determinando que o embargante seja reintegrado ou mantido na posse. Porém, quando necessário, o juiz poderá designar audiência preliminar de justificação, que terá procedimento semelhante ao das ações possessórias.

No entanto, ainda que deferida a liminar, o embargante só receberá de volta os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos (CPC, art. 1.051). Não cabe ao juiz optar entre fixar ou não a caução, pois a norma é cogente. A caução pode ser real ou fidejussória, e, se o embargante não a prestar, o bem ficará depositado em mãos de quem o juiz determinar.

Tal como nas possessórias, a liminar nos embargos de terceiro tem natureza de tutela antecipada específica, com requisitos próprios, e não de tutela cautelar. O requisito para o seu deferimento é a prova, ainda que em cognição superficial, da posse e da qualidade de terceiro.

Como os embargos de terceiro constituem ação e processo autônomos, o réu será citado, não bastando intimar o advogado do embargado para contestar. Mas essa citação não será pessoal ao embargado, se ele tiver advogado constituído, nos autos da ação principal. É o que determina o § 3º do art. 1.050 do CPC, acrescentado pela Lei n. 12.125/2009: "A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal". Se ele tiver advogado, a citação será feita na pessoa deste, tal como ocorre quando há oposição (CPC, art. 57, *caput*).

O prazo para contestação é de dez dias. O embargado poderá alegar, em sua defesa, todas as matérias que lhe pareçam pertinentes, mormente a extensão da responsabilidade patrimonial ao terceiro. No entanto, contra os embargos de terceiro opostos pelo credor com garantia real (CPC, art. 1.047, II), o embargado só poderá alegar aquelas matérias enumeradas no rol taxativo do art. 1.054: "I — o devedor comum é insolvente; II — o título é nulo ou não obriga a terceiro; III — outra é a coisa dada em garantia".

Decorrido o prazo de contestação, observar-se-á o procedimento disposto no art. 803 do Código de Processo Civil.

Quadro sinótico – Embargos de terceiros

Capítulo XI
DA HABILITAÇÃO

48 INTRODUÇÃO

O processo de habilitação tem por finalidade promover a sucessão do autor ou do réu que vierem a falecer, no curso da relação processual. Evidente que, se a morte de qualquer das partes ocorreu antes do ajuizamento da ação, não haverá falar-se em habilitação, porque a demanda já terá de ser proposta por ou contra o espólio, herdeiros ou sucessores.

A morte de uma das partes é causa de suspensão automática do processo (CPC, art. 265, I), desde a data em que o óbito ocorreu, devendo o *de cujus* ser sucedido por seu espólio ou por seus herdeiros e sucessores.

Foi infeliz a redação do Código de Processo Civil, art. 43, ao dispor que o morto será substituído, e não sucedido. O que ocorre é sucessão, e não substituição processual, instituto distinto, que se verifica quando a lei autoriza que alguém defenda, em nome próprio, direito alheio. O espólio, herdeiros ou sucessores defendem direito próprio, porque, com a morte, a propriedade e a posse dos bens da herança lhes são transmitidas.

A sucessão de parte falecida pressupõe que a ação seja transmissível. Quando ela versa direito personalíssimo, que não se transmite aos herdeiros, a morte de uma das partes provoca a extinção do processo, sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, IX).

A habilitação é um processo incidente que pressupõe a existência de outro processo, no qual uma das partes faleceu. Não existe habilitação desvinculada de outro processo, embora a relação processual que se instaure na habilitação guarde autonomia. No entanto, nem sempre o falecimento de uma das partes tornará necessária a ação incidental, pois o art. 1.060 enumera situações em que a habilitação será feita de plano, nos autos da ação principal e independentemente de sentença.

De acordo com o art. 43, "Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265". Enquanto não houver a partilha dos bens, distribuindo-se os quinhões entre os vários herdeiros, o falecido será, em regra, sucedido pelo seu espólio.

Nesse caso, será desnecessário promover habilitação de herdeiros ou sucessores, bastando a qualquer das partes noticiar a morte e requerer a sucessão pelo espólio, com a sua intimação, na pessoa do inventariante, para assumir o polo ativo ou passivo da demanda.

Há algumas ações — de caráter não patrimonial —, no entanto, em que o morto não é sucedido pelo espólio, mas pelos herdeiros ou sucessores, ainda que não tenha havido a partilha de bens. P. ex., na ação de investigação

de paternidade, quando houver a morte do réu, a sucessão será feita pelos herdeiros e sucessores, e não pelo espólio.

Caso esteja presente uma das hipóteses do art. 1.060, não será necessária a ação incidente de habilitação, bastando requerer a sucessão da parte por quem de direito, nos próprios autos. Em regra, a ação incidente é dispensada quando não há controvérsia sobre a identidade dos herdeiros ou sucessores. Só quando há, é que se faz necessária a ação de habilitação, na forma dos arts. 1.056 a 1.059 do Código de Processo Civil.

49 PROCEDIMENTO

O art. 1.056 do Código de Processo Civil atribui legitimidade para requerer a habilitação à parte, em relação aos sucessores do falecido, e aos sucessores do falecido, em relação à parte. O juiz não pode, de ofício, dar início ao processo de habilitação.

A lei atribuiu essa dupla legitimidade porque tanto a parte contrária quanto os sucessores do falecido podem ter interesse em dar continuidade ao processo, regularizando o polo processual no qual figurava o *de cujus*.

Deve a petição inicial preencher todos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil e, conforme o art. 283, deve vir acompanhada dos documentos que comprovem a qualidade de herdeiros ou sucessores dos habilitantes.

A distribuição é feita por dependência, e os autos apensados aos do processo principal. Ao receber a petição inicial, o juiz manda citar os réus, que terão prazo de cinco dias para contestar.

Quando a habilitação é requerida pela parte, os sucessores do falecido, que até então não integram a relação processual, precisarão ser pessoalmente citados. Requerida pelos sucessores, desnecessária a citação pessoal da parte, que já está representada nos autos principais.

Após o prazo de contestação, será observado o procedimento dos arts. 802 e 803 do Código de Processo Civil.

Quando a causa já estiver no Tribunal, a habilitação será processada perante o relator, e julgada conforme o disposto no regimento interno.

Em qualquer hipótese, enquanto não julgada em definitivo a habilitação, o processo principal permanece suspenso.

Capítulo XII
DA RESTAURAÇÃO DE AUTOS

50 INTRODUÇÃO

Tal como a habilitação, a restauração é ação incidente, pois pressupõe a existência de um outro processo cujos autos desapareceram.

Os autos constituem a documentação escrita dos atos e termos que são praticados no processo. Não se confundem com o próprio processo, entidade abstrata, composta por uma relação jurídica processual que implica a prática de atos destinados a um fim: a obtenção do provimento jurisdicional.

O que pode desaparecer são os autos, e não o processo. Esse desaparecimento traz prejuízos às partes, que ficam privadas da documentação dos atos até então praticados.

A solução, nesse caso, será requerer a restauração. No entanto, se houver autos suplementares, na forma do art. 159 do Código de Processo Civil, a restauração será desnecessária, pois neles prosseguirá o processo.

51 PROCEDIMENTO

Estão legitimadas a requerer a restauração qualquer das partes no processo. Ainda que o extravio tenha sido provocado pelo juiz, órgão do Ministério Público, ou serventuário da Justiça, a legitimidade será das partes, que serão intimadas a requerer a restauração. O juiz não pode, de ofício, determiná-la, pois estaria ofendendo o princípio da iniciativa das partes, decidindo aquilo que não foi pedido. Requerida por uma das partes, a restauração terá no polo passivo a outra, e não quem deu causa ao extravio do processo.

A petição inicial deve ser distribuída por dependência ao juízo onde corre o processo cujos autos desapareceram. Além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, ela declarará o estado da causa ao tempo do desaparecimento, apresentando, de acordo com os incisos do art. 1.064: "I — certidões dos atos constantes do protocolo de audiências do cartório por onde haja corrido o processo; II — cópia dos requerimentos que dirigiu ao juiz; III — quaisquer outros documentos que facilitem a restauração".

A parte contrária será citada para contestar em cinco dias, devendo exibir as cópias, contrafés e outras reproduções de atos e documentos que estiverem em seu poder. Se ela concordar, será lavrado auto, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, que suprirá os autos desaparecidos.

Caso não concorde nem conteste, será seguido o procedimento do art. 803, *caput*, do Código de Processo Civil. Caso conteste, o procedimento será o do parágrafo único daquele dispositivo.

As provas produzidas em audiência terão de ser repetidas se os autos desaparecem depois de sua realização, reinquirindo-se as mesmas testemunhas. Não poderá haver substituição das que foram ouvidas anteriormente, salvo falecimento ou impossibilidade de depor, não havendo outro meio de comprovar o teor do depoimento. Se não houver cópia do laudo pericial, outra perícia terá de ser realizada. Se o juiz tiver cópia da sentença, ela será juntada aos autos e terá a mesma autoridade do original.

A restauração é julgada por sentença, contra a qual cabe apelação. Enquanto ainda não julgada em definitivo, o processo fica suspenso. Quando o processo estiver no Tribunal, a restauração processar-se-á perante o relator, cabendo ao juízo de origem, porém, restaurar os atos que nele se tenham realizado.

A sucumbência na habilitação será carreada a quem deu causa ao extravio dos autos, sem prejuízo de eventual responsabilização civil ou penal.

Capítulo XIII
DAS VENDAS A CRÉDITO COM RESERVA DE DOMÍNIO

52 INTRODUÇÃO

O Código Civil dedica os arts. 521 a 528 a essa espécie de pacto.

A leitura desses dispositivos permite concluir que a reserva de domínio é um pacto adjeto aos contratos de compra e venda, pelo qual o vendedor reserva para si a propriedade da coisa até que o preço esteja integralmente pago.

Trata-se de venda sob condição suspensiva, em que a transferência da propriedade fica condicionada ao pagamento integral do preço, embora a posse seja transmitida desde logo. Feito o pagamento, opera--se a transferência. Mas, caso o comprador não pague o que deve, o vendedor recupera a coisa, se não preferir cobrar o saldo remanescente. A lei deixa claro que só pode ser objeto desse tipo de contrato coisa móvel, que possa ser perfeitamente caracterizada, para estremá-la de outras congêneres. O pacto há de ser estipulado por escrito e depende de registro no domicílio do comprador para valer contra terceiros.

O vendedor só pode recuperar a coisa se o comprador tiver incorrido em mora. Para tanto, o credor deve protestar o título ou interpelar judicialmente o devedor, ainda que o contrato tenha data certa de vencimento, pois nas vendas com reserva de domínio inexiste mora *ex re*.

O vendedor pode optar por cobrar as parcelas restantes, em vez de postular a rescisão do contrato e a devolução da coisa. Desde que as prestações estejam representadas por título executivo extrajudicial, o credor poderá executá-las, observando o disposto no art. 1.070 e parágrafos.

A segunda opção é requerer a rescisão do contrato e a reintegração na posse do bem, utilizando-se do procedimento especial do art. 1.071.

53 PROCEDIMENTO

Caso o credor prefira cobrar a dívida, o procedimento será o comum. Havendo título executivo que represente as prestações, seguir-se-á a regra geral da execução por quantia certa contra devedor solvente, observadas as peculiaridades dos parágrafos do art. 1.070.

O procedimento especial será empregado quando o vendedor quiser reaver a coisa alienada, rescindindo o contrato.

A petição inicial deve preencher todos os requisitos do art. 282. O autor

que comprovar a mora do comprador por meio do protesto do título pode requerer liminarmente, e sem a audiência da parte contrária, a apreensão e o depósito da coisa.

Não há, propriamente, uma reintegração liminar do autor na posse do bem, porque ele fica como depositário da coisa, não tendo liberdade para dela dispor, até o julgamento definitivo. A finalidade da apreensão liminar e manutenção em depósito é preservar a coisa de possível desaparecimento ou deterioração.

Os dois únicos requisitos para o deferimento da medida são a existência de um contrato de venda com reserva de domínio e a mora, provada pelo protesto do título. Prova, portanto, estritamente documental, não havendo razão para o juiz designar, neste tipo de procedimento, audiência de justificação.

Deferida a liminar, o juiz nomeará um perito, para proceder a vistoria da coisa e o arbitramento do seu valor, descrevendo-lhe o estado e individuando suas características. A fixação do valor da coisa é necessária para os fins do art. 1.071, § 3º, já que terá de haver um acerto de contas, ao final, entre autor e réu.

Depois da apreensão e do depósito, o réu será citado para contestar, em cinco dias. Pode, porém, o réu requerer a purgação da mora, contanto que já tenha feito o pagamento de mais de 40% do preço. O prazo para a sua efetivação, desde que deferida pelo juiz, é de trinta dias, e o comprador deve liquidar todas as prestações vencidas, juros, honorários e custas.

Caso o devedor não conteste nem purgue a mora, o autor poderá requerer a sua reintegração imediata na posse da coisa depositada, apresentando os títulos vencidos e vincendos. O juiz acolherá o pedido de reintegração, determinando que, "descontada do valor arbitrado a importância da dívida acrescida das despesas judiciais e extrajudiciais, o autor restituirá ao réu o saldo, depositando-o em pagamento" (CPC, art. 1.071, § 3º, *in fine*). Assim, se a dívida remanescente for de valor inferior ao do bem, o autor deverá restituir ao réu a diferença, sob pena de enriquecimento sem causa.

Quando o réu apresentar contestação, o procedimento a ser observado será o ordinário.

Capítulo XIV
DA ARBITRAGEM

54 INTRODUÇÃO

O compromisso arbitral era regulado pelos arts. 1.037 a 1.048 do antigo Código Civil e o juízo arbitral, pelos arts. 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil.

Todos esses dispositivos foram revogados pela Lei n. 9.307/96, que entrou em vigor no dia 23 de novembro de 1996, sessenta dias após a sua publicação, e que cuidou da arbitragem sob o aspecto material e processual.

A arbitragem é um acordo de vontades, celebrado entre pessoas capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Não se confunde com a transação, em que a solução do conflito de interesses é dada pelos próprios envolvidos, mediante concessões recíprocas. Na arbitragem, a solução é confiada a um terceiro, que não o Estado-juiz.

O art. 1º da Lei n. 9.307/96 restringe a arbitragem aos litígios que versem direito patrimonial disponível, isto é, aqueles que podem ser objeto de transação entre os interessados. As questões que envolvam o estado e a capacidade das pessoas, os direitos da personalidade, alimentos e falência, terão de ser submetidas à jurisdição estatal. Também não se poderá empregar a arbitragem nas matérias que se submetam à jurisdição voluntária, que é administração e fiscalização pública de interesses privados.

Muito se tem discutido a respeito da constitucionalidade da arbitragem, que, para alguns, ofende o princípio da inafastabilidade do Judiciário e o do juiz natural. No entanto, a questão tende a pacificar-se, já que o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" individual. Essa determinação não é ofendida pela arbitragem, porque os interessados não estão obrigados a utilizá-la. A lei não exclui a apreciação do Judiciário, mas faculta a possibilidade de submeter a decisão a um terceiro. Não se afasta, porém, a possibilidade de intervenção do Judiciário para apurar eventuais ilegalidades e abusos na utilização da arbitragem. O art. 33 da Lei n. 9.307/96 permite à parte interessada postular em juízo a decretação de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos em lei (art. 32).

Não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque a arbitragem é estabelecida previamente à lide que poderá existir entre os interessados. Não se pode considerá-la, portanto, um juízo de exceção, pós--constituído com a finalidade de apreciar uma demanda específica.

Ao instituí-la, os interessados podem convencionar que ela seja de

direito ou de equidade. Em ambos os casos, o árbitro poderá ser pessoa livremente escolhida pelas partes, que nela depositem sua confiança. Não há necessidade de que ele seja advogado ou pessoa versada em Direito.

Quando de direito, a arbitragem deve solucionar o litígio com base nas normas legais, não se admitindo julgamento contrário à lei. Quando de equidade, o árbitro buscará a solução que seja mais justa, ainda que ela contrarie as normas de direito.

Na ausência de indicação, presume-se que foi escolhida a arbitragem de direito. Podem as partes escolher, livremente, as normas de direito que deverão ser aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Podem ainda convencionar a utilização, pelo árbitro, dos princípios gerais do direito, usos e costumes e as regras internacionais do comércio (Lei n. 9.307/96, art. 2º, § 2º).

Em qualquer hipótese, a arbitragem será sempre considerada um meio extintivo das obrigações. O Código Civil a considerou como tal, e a nova lei não modificou a sua natureza jurídica.

55 DA CONVENÇÃO DA ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Duas são as maneiras pelas quais as partes interessadas podem instituir o juízo arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é o pacto pelo qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a determinado contrato. É um acordo pelo qual as partes obrigam-se a, configurado o litígio, buscar a solução instituindo a arbitragem. Há promessa recíproca de que, surgindo o conflito, será instituído o compromisso arbitral para a solução.

O que a caracteriza é que, no momento da sua instituição, o litígio ainda não se configurou. Mas os contratantes, vislumbrando a possibilidade de, no curso do contrato, surgirem conflitos de interesses, desde logo convencionam que eles serão solucionados pelo árbitro.

Já o compromisso arbitral é o pacto pelo qual as partes submetem à arbitragem determinado litígio. Aqui, o conflito de interesses já se manifestou, e as partes convencionam que a solução seja dada pelo árbitro.

A cláusula compromissória surge *pari passo* com o contrato, embora guarde autonomia em relação a ele, de sorte que a nulidade de um não contamina, necessariamente, o outro. Deve ser obedecida a forma escrita, mas não se exige que ela esteja inserta no contrato, podendo vir pactuada em documento apartado.

Nos contratos de adesão, em virtude da fragilidade do aderente, a cláusula compromissória só valerá se instituída por iniciativa dele, ou se ele concordar, expressamente, com a sua instituição, "desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente

para essa cláusula" (Lei n. 9.307/96, art. 4º, § 2º).

Continua em vigor, porém, o art. 51, VII, da Lei n. 8.078/90 que veda a adoção de cláusula compromissória nos contratos de consumo.

Quando não houver consenso entre as partes sobre a forma pela qual será instituída a arbitragem — não se pode esquecer que a cláusula é convenção para que o compromisso seja oportunamente estabelecido —, o procedimento será o dos arts. 6º e 7º da Lei.

Aquele que quiser dar início à arbitragem manifestará sua intenção à parte contrária, por via postal ou qualquer outro meio de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local determinados, firmar o compromisso. O não comparecimento ou a recusa do outro contratante autorizará a parte interessada a ingressar em juízo, requerendo a citação da outra parte para comparecer à audiência, que o juiz designará especialmente para que seja lavrado o compromisso.

Nessa audiência, o juiz primeiro tentará o acordo entre as partes para pôr fim ao litígio. Se não for possível, buscará conduzir as partes à celebração do compromisso.

Frustrada a solução consensual, o juiz, na própria audiência ou em dez dias, decidirá, após ouvir o réu, sobre o conteúdo do compromisso arbitral, observando o disposto na cláusula compromissória e nos arts. 10 e 21, § 2º, da Lei. Na sentença, o juiz decidirá sobre o árbitro, se as partes já não o tiverem nomeado no compromisso.

A ausência injustificada do autor na audiência inicial implicará a extinção do processo. Já a sentença que acolher o pedido valerá como compromisso arbitral, podendo ser impugnada por apelação, recebida apenas no efeito devolutivo (CPC, art. 520, VI).

Como já se salientou, a cláusula compromissória é um pacto pelo qual os interessados comprometem-se a, havendo litígio, instituir o compromisso arbitral.

Quando o litígio já existe e as partes quiserem atribuir a um árbitro a decisão, desde logo será instituído o compromisso arbitral, que poderá ser judicial ou extrajudicial. O primeiro pressupõe demanda em curso, e é celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou Tribunal onde ela corre. O segundo será celebrado por instrumento público ou particular firmado por duas testemunhas. O art. 10 contém aquilo que deve constar obrigatoriamente do compromisso; o art. 11, aquilo que ele pode conter.

Quando há convenção de arbitragem e uma das partes recorre ao Judiciário, a outra deverá arguir a sua existência como preliminar em contestação (art. 301, IX). A falta de alegação impedirá que o juiz a conheça de ofício. A existência de convenção de arbitragem constitui, portanto, exceção processual em sentido estrito, não podendo ser conhecida senão depois de alegada pelo interessado (CPC, art. 301, § 4º).

56 OS ÁRBITROS

Qualquer pessoa capaz que goze da confiança dos interessados poderá funcionar como árbitro. As próprias partes farão a nomeação de um ou mais, sempre em número ímpar, ou indicarão o processo de escolha. Caso o número seja par, eles estarão autorizados a nomear mais um. Quando houver pluralidade de árbitros, eles escolherão entre si o presidente do Tribunal arbitral, que será o mais velho se não houver consenso.

As causas de suspeição e impedimento dos juízes aplicam-se a eles, sendo vedada a sua atuação nos litígios em que elas se verificarem. O procedimento para a recusa fundada em impedimento ou suspeição vem previsto nos arts. 14 e 15 da Lei. Está previsto também o procedimento para a substituição do árbitro, caso ele se escuse de aceitar a nomeação ou venha a falecer (art. 16).

A sentença proferida pelo árbitro vale como título executivo judicial e põe fim ao litígio, não ficando sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

57 O PROCEDIMENTO ARBITRAL

Desde o instante em que o árbitro aceita a nomeação, está instituída a arbitragem. Será observado o procedimento estabelecido na convenção, pelas próprias partes. No entanto, elas poderão delegar ao árbitro a faculdade de regular o procedimento.

Se não houver estipulação a respeito, caberá ao árbitro ou Tribunal arbitral disciplinar o procedimento, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento, observando a natureza que foi atribuída à arbitragem, se de direito ou equidade.

Não há necessidade de que as partes constituam advogado para representá-las. Nada impede, porém, que elas o façam, se assim desejarem.

Qualquer das partes que pretender arguir incompetência, suspeição ou impedimento do árbitro, ou nulidade, invalidade ou ineficácia do compromisso, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de manifestar-se, após a instituição da arbitragem.

O árbitro poderá colher o depoimento pessoal das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícia, a requerimento das partes ou de ofício. Atribui-se, portanto, a ele os mesmos poderes instrutórios que tem o juiz no procedimento jurisdicional (CPC, art. 130).

Sempre que, no curso da arbitragem, houver necessidade de alguma medida coercitiva ou cautelar, o árbitro poderá solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar a causa.

A arbitragem encerra-se com a prolação de uma sentença, tomada por maioria quando forem vários os árbitros. Caso haja empate, prevalecerá o voto do presidente do Tribunal arbitral.

A sentença será proferida no prazo estabelecido na convenção ou, não

havendo prazo fixado, em seis meses, e deverá conter os requisitos do art. 26 da Lei, decidindo ainda acerca das custas e despesas com a arbitragem.

As partes são intimadas do teor da decisão por via postal, ou qualquer outro meio de comunicação, com aviso de recebimento, passando a correr o prazo de cinco dias para solicitar aos árbitros que corrijam erro material ou esclareçam dúvida, obscuridade ou contradição ou pronunciem-se sobre ponto que foi omitido.

Como já ressaltado, a sentença arbitral não está sujeita a recurso nem depende de homologação judicial, produzindo entre as partes o mesmo efeito que produziria a sentença judicial. Caso seja condenatória, valerá como título executivo judicial.

Quadro sinótico – Arbitragem – Previsão legal: Lei n. 9.307/96 (arts. 1.072 a 1.102 do CPC foram revogados)

Quadro sinótico

Capítulo XV
DA AÇÃO MONITÓRIA

58 INTRODUÇÃO

A ação monitória foi introduzida no Direito brasileiro pela Lei n. 9.079/95, que acrescentou ao Código de Processo Civil os arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c. Essa Lei foi publicada em 17 de setembro de 1995 e entrou em vigor sessenta dias depois.

A doutrina distingue entre o procedimento monitório puro e o documental. Para o primeiro, não é necessária a prova escrita do débito, bastando a alegação do credor. Já o segundo exige documento escrito, como prova da dívida.

O legislador brasileiro optou pelo monitório documental, exigindo que a ação esteja fundada em prova escrita, sem eficácia de título executivo.

A ação monitória é mais um instrumento processual de que pode utilizar-se o credor de quantia certa, de coisa fungível ou de bem móvel, que possua documento escrito sem força executiva, para exigir o pagamento ou a entrega da coisa. Caso o documento seja dotado de força executiva, o credor não terá interesse para ajuizá-la, devendo valer-se, desde logo, da execução por quantia ou para entrega da coisa.

A monitória não é ação de execução, mas de conhecimento, destinada a produzir mais rapidamente um título executivo, caso o devedor não ofereça resistência.

O credor que tenha documento escrito comprovando a dívida não está obrigado a utilizar a ação monitória, podendo valer-se das ações tradicionais de conhecimento, como a cobrança, pelo procedimento comum.

A vantagem do procedimento monitório é que, não havendo oposição do devedor, chega-se com maior presteza à execução.

59 REQUISITOS

São três os requisitos essenciais para a utilização do procedimento monitório: que o credor tenha prova documental escrita da dívida; que esse documento não tenha eficácia executiva; e que se objetive receber pagamento, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Prova escrita é todo documento idôneo, merecedor de fé, que sirva para demonstrar a existência de uma obrigação. O documento pode ter sido emitido pelo próprio devedor, pelo credor ou por terceiro. Assim, um cheque

prescrito (Súmula 299 do STJ), uma confissão de dívida não firmada por duas testemunhas, ou uma carta escrita pelo devedor em que reconhece a sua qualidade, uma duplicata sem o comprovante de entrega da mercadoria, um orçamento elaborado pelo credor com a concordância escrita do devedor, o contrato de abertura de crédito, firmado por duas testemunhas e acompanhado dos extratos (Súmula 233 do STJ).

Porém, o documento há de ser tal que permita ao juiz, em cognição sumária, e sem ouvir a parte contrária, concluir pela plausibilidade ou verossimilhança do direito do credor. Não se pode admitir como documento escrito aquele que não serve como começo de prova, como indício da existência do débito. Assim, não pode o credor valer-se da ação monitória com fundamento em carta que ele próprio emitiu, exigindo do devedor o pagamento da dívida, sem que este manifestasse qualquer sinal de assentimento. Do contrário, estaria aberta a possibilidade de o credor produzir, sem qualquer lastro, documento escrito com a finalidade precípua de valer-se do procedimento especial.

O contrato escrito em que o devedor assume obrigação pode valer como prova documental. No entanto, se o contrato for bilateral e contiver obrigações recíprocas, para valer-se do monitório o credor deve trazê-lo com o comprovante escrito de que cumpriu a sua parte na avença, pois nenhum contratante pode exigir a prestação do outro antes de ter cumprido a sua.

Os documentos escritos terão de ser juntados no original, ou em cópia autenticada. Porém, não se pode querer empregar o procedimento monitório com fulcro em cópia autenticada de título executivo, devendo o credor ajuizá-lo juntando a cártula no original.

A insuficiência do documento escrito, como meio de prova, não pode ser suprida por testemunhas. Evidentemente que, opostos os embargos, será possível ouvi-las. No entanto, para a prolação da decisão de recebimento da ação, a inicial já deve estar instruída com documento que se preste como prova escrita do débito; não pode esse requisito, repetimos, ser suprido por testemunhas.

Verificada a eficácia executiva do documento, o juiz deverá indeferir a petição inicial, porque o autor será carecedor da ação monitória, ausente o interesse de agir. Ela será admitida, porém, se o documento teve força executiva, mas a perdeu, p. ex., em razão da prescrição.

Somente três pedidos podem ser veiculados: o de pagamento de certa quantia em dinheiro, os de entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Se outra for a pretensão, o credor terá de valer-se das ações de conhecimento de rito comum.

60 PROCEDIMENTO

O legitimado ativo é o credor; o passivo, o devedor.

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de a Fazenda Pública

figurar no polo passivo da ação. Para boa parte da doutrina, não cabe ação monitória para exigir dela pagamento de determinada quantia, pois o devedor é citado para pagar no prazo de quinze dias, o que desrespeitaria a sistemática dos precatórios. No entanto, só se fala em precatório para execução de sentença, e o pagamento na monitória é satisfação voluntária da obrigação. A Fazenda efetua, ordinariamente, o pagamento de seus débitos. Só quando não o faz e é condenada, faz uso do precatório. Na monitória, a Fazenda, citada, pode pagar. Mas, se não o fizer, e passar-se à fase de execução, deverão ser obedecidas as regras do art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil.

Não se vislumbra nenhum óbice à utilização de ação monitória para exigir da Fazenda Pública o pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou bem móvel. O argumento de que a Fazenda Pública não poderia efetuar o pagamento voluntário, diante da necessidade de observar a ordem de precatórios, não convence, porque tal pagamento constitui satisfação voluntária da dívida. A fazenda não pode ser compelida a, sob pena da penhora, efetuar o pagamento, que deve ser requisitado por meio dos precatórios. Mas pode pagar voluntariamente, e é isso o que ocorrerá se ela atender ao mandado monitório. A questão pacificou-se com a edição da Súmula 339 do STJ, que autoriza a ação monitória contra a Fazenda Pública.

A petição inicial deve obedecer aos requisitos dos arts. 282 e 283, ambos do Código de Processo Civil, vindo acompanhada da prova escrita do débito. A competência é determinada de acordo com as regras gerais do Código, sem particularidades.

60.1. A DECISÃO INICIAL

Quando a petição inicial não estiver em termos, o juiz determinará que seja emendada no prazo de dez dias, corrigindo-se as imperfeições.

Não sendo possível sanar os vícios, ou desobedecendo o autor a determinação judicial para emendá-la, a petição inicial será indeferida, podendo o autor interpor apelação no prazo de quinze dias.

Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz proferirá uma decisão, deferindo de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa, no prazo de quinze dias (CPC, art. 1.102b). Deve o juiz ser muito cuidadoso ao proferir essa decisão. É necessário que ela esteja fundamentada, como manda o art. 93, IX, da Constituição Federal, sob pena de nulidade. Porém, não deve o magistrado, ainda, fazer qualquer juízo de valor sobre o direito do autor a receber o pagamento ou a coisa. A decisão deve limitar-se a apreciar se estão ou não presentes os pressupostos para que a monitória seja processada, ou seja, se há prova escrita não dotada de força executiva. Não basta, portanto, que seja determinada a expedição do mandado monitório e a citação do réu, devendo o juiz justificar por que está deferindo o processamento da ação.

Embora a lei não diga, ao determinar a expedição do mandado, o juiz deve também mandar citar o réu. Caso ele não seja localizado ou se oculte, a citação será feita por edital ou com hora certa, pois se admite que a citação seja ficta na ação monitória (Súmula 282 do STJ).

Apesar do conteúdo decisório do ato judicial que manda processar a monitória, não é possível impugná-la por agravo de instrumento, por faltar ao réu interesse em fazê-lo. Afinal, a lei prevê o procedimento adequado para ele contrariar o pedido do autor e apresentar a sua defesa. Como a decisão inicial do juiz é proferida antes que o réu tenha sido citado, nada impede que ele, no momento oportuno, demonstre ao juiz que não estavam preenchidos os requisitos para o processamento da ação, tendo o autor, p. ex., escolhido a via inadequada.

O juiz, então, poderá reapreciar os pressupostos, e, apesar de ter admitido anteriormente o seu preenchimento, poderá rever sua decisão, e extinguir, sem julgamento de mérito, o processo.

A natureza jurídica dessa decisão liminar variará conforme as diversas atitudes que o réu tomar, a partir do momento em que for citado. Se o réu cumprir o mandado e pagar o que lhe está sendo exigido, ou entregar a coisa no prazo de quinze dias (art. 1.102b do CPC), a determinação inicial será mera decisão interlocutória. Também será decisão se o réu opuser oportunamente os embargos. Porém, se o réu não pagar, não entregar a coisa, nem se defender, o mandado monitório converte-se em mandado executivo, e a decisão inicial ganha eficácia de sentença, com força de coisa julgada material, passando a valer como título executivo judicial.

O título que embasa a execução posterior à ação monitória não impugnada não é o documento escrito, mas a decisão judicial que deferiu o processamento da monitória, e que ganhou eficácia de sentença, título judicial.

Por isso, ao proferir a decisão inicial, o juiz ainda não tem como saber qual a natureza jurídica do ato que está praticando, pois ela variará conforme a atitude que o réu tomar. Como essa decisão pode vir a ter força de sentença, o juiz deve cuidar de fundamentá-la adequadamente.

60.2. AS ATITUDES DO RÉU E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O réu poderá cumprir o mandado monitório, pagando ou entregando a coisa, no prazo de quinze dias. Essa conduta trará para ele a vantagem da isenção das custas e honorários advocatícios.

Feito o pagamento ou a entrega, o juiz proferirá uma sentença de extinção do processo, com julgamento de mérito, porque a conduta do réu equivale a um verdadeiro reconhecimento jurídico do pedido. Na sentença, o juiz declarará o réu isento das custas e honorários advocatícios.

Pode, ainda, o réu quedar-se inerte, descumprindo o mandado sem, no entanto, defender-se. Caso isso ocorra, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo.

O legislador foi expresso em determinar que a conversão seja feita de pleno direito. Isso quer dizer que o juiz não precisa declarar, seja por sentença, seja por decisão de qualquer natureza, que está constituído o título executivo e que prosseguirá sob a forma de execução. A conversão decorre de lei e dispensa manifestação judicial. O desrespeito a essa determinação poderá suprimir boa parte da utilidade da ação monitória.

A principal finalidade desse novo procedimento é permitir ao credor obter mais rapidamente um título executivo judicial, quando o devedor não opõe resistência. No procedimento comum, ainda quando o réu é revel, o juiz tem de proferir uma sentença, impugnável por meio de apelação. Em regra, somente depois do trânsito em julgado é que se poderá dar início à execução.

Com a monitória, se o réu não opõe resistência, ganha-se tempo, passando desde logo à fase executiva, sem que seja necessário proferir sentença. Evita-se, com isso, a apelação e as demoras a ela inerentes.

Se, no procedimento monitório, o juiz, ao constatar a falta de defesa do réu, tivesse de proferir uma sentença ou uma decisão qualquer, passíveis de recurso, convertendo o mandado inicial em título executivo, estaria perdida a vantagem do procedimento especial.

O mandado monitório é expedido, e o réu é citado para pagar ou entregar a coisa em quinze dias. Caso ele não faça nem uma coisa nem outra, e também não apresente defesa, o mandado inicial transforma-se em executivo, de imediato. Portanto, a partir daí fluirá o prazo de quinze dias para o devedor pagar, sob pena de multa de 10%, expedindo-se em seguida mandado de penhora e avaliação.

A última das três atitudes possíveis que o réu poderá tomar é a apresentação de defesa.

60.3. A RESPOSTA DO RÉU

O art. 1.102c faculta ao réu, no prazo de quinze dias, oferecer embargos, suspendendo a eficácia do mandado inicial. A redação do dispositivo dá a impressão de que a defesa do devedor é feita por meio de uma ação autônoma, de embargos, tal como ocorre no processo de execução. Haveria, portanto, uma ação incidental de embargos, no bojo da ação monitória. Essa opinião é sustentada, entre outros, por José Rogério Cruz e Tucci (*Ação monitória*, 1. ed., 2. t., Revista dos Tribunais, p. 63-4).

Parece-nos, no entanto, que não há razão para considerar os embargos como ação autônoma. Na verdade, eles constituem mera defesa do devedor, de natureza jurídica idêntica a uma verdadeira contestação.

O fato de o legislador ter mencionado embargos e não contestação não é suficiente para considerar essa defesa ação autônoma. Não é a primeira vez que o legislador se equivoca, chamando uma coisa pela outra. P. ex., no processo judicial de insolvência civil, o réu é citado para, no prazo de dez dias, opor embargos (CPC, art. 755). No entanto, é quase unânime o entendimento de que não há ação, mas mera contestação, já que a fase inicial do procedimento de insolvência tem caráter cognitivo e não executório.

No processo de execução é justificável que a defesa seja veiculada por ação autônoma, tendo em vista que os atos nele praticados são atos executivos, de alteração da realidade fática, incompatíveis com os atos cognitivos que serão necessários para apreciação da defesa do devedor.

Mas essa incompatibilidade inexiste na monitória, que tem natureza de ação de conhecimento. Por isso não há razão para o ajuizamento de uma ação

incidente, no bojo da monitória, de idêntica natureza cognitiva.

Essa conclusão traz consequências relevantes. Os arts. 188 e 191, que multiplicam os prazos de resposta quando as partes forem Ministério Público, Fazenda Pública ou litisconsortes com procuradores distintos, são aplicáveis ao prazo dos embargos na monitória. Não o seriam se eles fossem considerados ação autônoma, e não mera resposta, como ocorre na execução.

Quando o réu for citado por edital ou com hora certa na ação monitória, o curador especial está obrigado a apresentar contestação, ainda que por negação geral. Se, no entanto, os embargos fossem considerados ação autônoma, ele só poderia apresentá-los caso tivesse elementos apropriados, pois não há ação autônoma fundada em negação geral.

Como mera contestação, esses embargos independem de prévia segurança do juízo, e são opostos nos mesmos autos. Desde a sua apresentação, observar-se-á o procedimento ordinário.

Embora a lei refira-se à suspensão da eficácia do mandado inicial pela oposição dos embargos, o que ocorre é que essa eficácia só passa a existir se eles não forem apresentados. O mandado monitório inicial ainda não tem eficácia executiva, que está sob condição suspensiva de não haver embargos.

Pode ocorrer, porém, que o devedor os apresente, mas eles sejam intempestivos, ou não preencham qualquer requisito necessário para o seu recebimento. Nesse caso, o juiz deve proferir uma decisão interlocutória, dando por não opostos os embargos. Ao fazê-lo, ele não deverá declarar constituído o título executivo judicial, pois isso será decorrência, de pleno direito, da falta de defesa. Implicitamente, o juiz já estará determinando que se proceda na forma determinada pelo art. 1.102c, *caput*, segunda parte.

A decisão judicial que considera não opostos os embargos é impugnável por agravo de instrumento. Como o seu resultado pode alterar a natureza jurídica da decisão inicial, que se converteu em título executivo judicial, a execução será provisória, até que o agravo seja julgado em definitivo.

Além de opor embargos, o devedor pode valer-se das exceções rituais. Como, a partir deles, o procedimento torna-se ordinário, não se vislumbra óbice a que o devedor apresente reconvenção, tal como ocorre com outras ações de rito especial, que passam a obedecer ao procedimento ordinário, após o prazo de resposta do réu (Súmula 292 do STJ).

Apresentada a defesa, a decisão inicial não ganha eficácia de sentença, valendo como interlocutória. Nesse caso, o título executivo judicial passará a ser a sentença que apreciar o pedido do autor e a defesa do réu oposta nos embargos.

Quadro sinótico – Ação monitória

60.4. A EXECUÇÃO

Quando não forem opostos os embargos, terá início desde logo a execução. Quando apresentados, o processo seguirá o rito ordinário, e encerrar-se-á com a prolação de uma sentença, impugnável por apelação recebida no duplo efeito. Somente quando não couberem mais recursos com efeito suspensivo é que se poderá dar início à execução.

Efetivada a penhora ou o depósito da coisa, na execução, e intimado o devedor, poderá ser apresentada impugnação, no prazo de quinze dias.

A execução que se segue à monitória está fundada em título executivo judicial. Assim, a cognição na impugnação está restrita às matérias enumeradas no art. 475-L do Código de Processo Civil.

Alguns autores têm sustentado, sem razão, que esse limite só deve ser imposto quando o devedor apresentou defesa na monitória. Se ele, citado, não se defendeu, permitindo a conversão do mandado inicial em executivo de pleno direito, a cognição não estaria limitada à matéria do art. 475-L, mas seria ampla. Não lhes assiste razão porque o réu teve, no processo de conhecimento, a oportunidade de defender--se. Se não o fez, não pode pretender, na impugnação, alegar matérias que deveriam ter sido alegadas na fase cognitiva.

Se a monitória tem por objeto a entrega de coisa, não haverá mais execução autônoma, tendo em vista a redação dada aos arts. 461 e 621 do CPC pela Lei n. 10.444/2002. Nesse caso, basta a expedição de mandado de busca da coisa.

Quadro sinótico

Título II
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Capítulo I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Muito se tem discutido a respeito da verdadeira natureza jurídica da jurisdição voluntária, que, segundo o processualista português José Alberto dos Reis, não é nem jurisdição nem voluntária.

Apesar da controvérsia, predomina o entendimento de que a jurisdição voluntária é administração pública de interesses privados. Essa ideia funda-se no fato de que certos atos da vida privada das pessoas merecem fiscalização pelos órgãos públicos, pois têm repercussão na coletividade. Essa fiscalização foi confiada ao Judiciário porque o legislador, considerando a independência e a idoneidade dos magistrados, reputou-os mais bem preparados para tanto. Porém, o só fato de essa administração pública ter sido cometida a eles não lhe atribui caráter jurisdicional.

Para os que assim entendem, na jurisdição voluntária, a função do juiz não é decidir um litígio, mas fiscalizar e integrar negócio jurídico privado dos envolvidos. Não há propriamente lide, embora possa existir entre os interessados certa controvérsia. Por isso, também não é apropriado falar-se em "partes", expressão que deve ficar reservada aos procedimentos de jurisdição contenciosa. Na voluntária, os envolvidos são chamados "interessados". Inexiste também, no sentido técnico do termo, um processo. O que há é mero procedimento de administração pública de interesses privados.

Parece-nos, porém, que apesar de suas peculiaridades, a jurisdição voluntária não pode deixar de ser considerada jurisdição. Primeiro, porque administração é tutela de interesse público, ao passo que jurisdição voluntária é tutela de interesse privado. Segundo, porque também na jurisdição voluntária há uma situação conflituosa, que precisa de solução. O conflito, em regra, não é de ordem tal que ponha em confronto os interesses de um e outro dos litigantes (embora eventualmente possa sê-lo), mas gera um estado de insatisfação, que precisa ser submetido à apreciação do Judiciário. É preciso admitir que, entre as várias hipóteses tratadas pela lei, como de jurisdição voluntária, há aquelas em que existe um litígio mais visível, e outras em que isso é muito menor.

As peculiaridades da jurisdição voluntária impedem que a ela se apliquem indistintamente muitos dos princípios gerais do processo civil.

Assim, o princípio da demanda é mitigado, porque o juiz pode instaurar de ofício muitos desses procedimentos, como o das alienações judiciais, de abertura e cumprimento de testamento e os de arrecadação de herança jacente.

Também não se aplica aqui o princípio dispositivo, mas o inquisitório, em que o juiz tem plenos poderes de investigação, determinando as provas que entender necessárias, ainda que contra a vontade dos interessados. Nem o princípio da legalidade estrita, pois, de acordo com o art. 1.109 do Código de Processo Civil, o juiz pode adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna, decidindo por equidade.

Na jurisdição voluntária não há propriamente uma contestação, que pressupõe a existência de partes em confronto. Apesar disso, os interessados são citados, e podem manifestar-se, apresentando resposta. A sua falta, porém, não implica revelia, com as consequências dela decorrentes. Também não é viável a reconvenção nem necessária a nomeação de curador especial, caso o réu tenha sido citado por edital ou com hora certa, e não tenha respondido.

As sentenças proferidas nessa espécie de procedimento podem ser modificadas em razão de circunstâncias supervenientes. Não há, portanto, coisa julgada material, posto devam ser respeitados os efeitos já produzidos (CPC, art. 1.111). As despesas judiciais serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados (CPC, art. 24).

Ao cuidar da jurisdição voluntária, o Código de Processo Civil trouxe um capítulo inicial, de disposições gerais, e diversos outros, subsequentes, de procedimentos especiais.

É possível dizer que há procedimentos comuns de jurisdição voluntária, regulados pelas disposições gerais, e procedimentos especiais, regulados em capítulos próprios. Tal como ocorre na jurisdição contenciosa, as disposições gerais são aplicáveis sempre que não contrariem ou não sejam incompatíveis com as específicas.

Como regra geral, o procedimento inicia-se por provocação do interessado ou do Ministério Público, que dirigem o pedido ao juiz, instruindo-o com a documentação necessária e com a indicação da providência judicial que se deseja. Há procedimentos que podem ser iniciados de ofício pelo juiz.

Todos os interessados serão citados. Por interessados entendem--se aquelas pessoas cuja presença é necessária para integrar o negócio jurídico privado, que está sob administração pública. Quem tenha mero interesse econômico não o será.

Só haverá intervenção do Ministério Público quando presentes as hipóteses do art. 82 do Código de Processo Civil, que deverá ser conjugado com o art. 1.105. A participação do *Parquet* nos procedimentos de jurisdição voluntária pressupõe as mesmas circunstâncias que a justificam na contenciosa. Também haverá necessidade de ouvir a Fazenda Pública naqueles processos em que ela tiver interesse.

Como regra geral, o prazo de resposta é de dez dias, sendo facultado aos interessados produzir as provas que entendam necessárias, ressalvada ao

juiz a possibilidade de livre investigação.

O procedimento de jurisdição voluntária encerra-se com uma sentença, a ser proferida no prazo de dez dias, e que pode ser impugnada por apelação.

O art. 1.112 do Código de Processo Civil enumera alguns dos procedimentos comuns, que serão processados de acordo com as disposições gerais, observada a regra de que o juiz não precisa observar a estrita legalidade.

Entre eles, estão:

I — Emancipação: é forma de cessação da incapacidade civil por menoridade. Existem três espécies: a voluntária, promovida pelos pais em favor dos filhos que já tenham completado 16 anos, feita por escritura pública; a legal, que se aperfeiçoa *ex lege*, prescindindo de qualquer manifestação de vontade ou procedimento, desde que o incapaz pratique um dos atos enumerados pelo Código Civil como hábeis a emancipá-lo (o casamento ou a colação de grau em estabelecimento de ensino superior, p. ex.); e a judicial, dos menores com mais de 16 anos, que estejam sob tutela. Esta última é que se processará como jurisdição voluntária (CC, art. 5º, parágrafo único, I).

II — Sub-rogação: trata-se da chamada sub-rogação de vínculo ou de ônus, como ocorrerá com a cláusula de inalienabilidade, quando, excepcionalmente, for autorizada a venda do bem (CC, art. 1.911, parágrafo único).

III — Alienação, arrendamento ou oneração de bens de menores, de órfãos e de interditos: de acordo com os arts. 1.691, *caput*, 1.750 e 1.774, todos do Código Civil, os bens de menores, de órfãos e de incapazes só podem ser alienados com autorização judicial, que será obtida em procedimento de jurisdição voluntária.

IV — Alienação, locação e administração da coisa comum: trata-se de situação em que há condomínio. Qualquer dos condôminos, isoladamente, pode requerer a sua extinção, ainda que a maioria seja contra. Se o bem for divisível, a extinção faz-se pela divisão da coisa comum, em ação divisória (procedimento especial de jurisdição contenciosa, já estudado). Se for indivisível, pela alienação judicial da coisa, e posterior partilha do produto, em procedimento de jurisdição voluntária. Ressalve-se, porém, que a ação de divisão ou a alienação judicial da coisa só serão necessárias se não houver acordo entre os condôminos para divisão ou alienação, ou se, existindo acordo, houver entre eles um incapaz. Do contrário, a extinção do condomínio será feita extrajudicialmente. Os arts. 1.117 a 1.119 do Código de Processo Civil cuidam do procedimento que será obedecido para que a alienação judicial se aperfeiçoe.

V — Alienação judicial de quinhão em coisa comum: o condômino em coisa indivisível não pode alienar o seu quinhão sem dar direito de preferência aos demais condôminos. Todos os outros coproprietários devem ser citados para exercer o direito de preferência, de acordo com as normas do Código Civil.

VI — Extinção de usufruto e de fideicomisso: o usufruto extingue-se nas hipóteses dos arts. 1.410 e 1.411 do Código Civil; o fideicomisso, quando

se verificar a situação prevista no art. 1.958.

O rol do art. 1.112 não é taxativo, mas exemplificativo. Há outros procedimentos comuns de jurisdição voluntária que não foram enumerados, como o suprimento judicial de outorga uxória (CPC, art. 11) ou o do consentimento para casamento (CC, art. 1.519), entre outros.

Capítulo II
DAS ALIENAÇÕES JUDICIAIS

O art. 1.113 do Código de Processo Civil determina a alienação judicial daqueles bens que estiverem depositados judicialmente e forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou ainda exigirem grandes despesas para a sua guarda, e nos demais casos expressos em lei. Pode ser feita a pedido de qualquer das partes e do depositário, ou de ofício, pelo juiz.

Diferem as hipóteses tratadas neste Capítulo II das alienações judiciais previstas no art. 1.112, III a V, porque aquelas são incidentes em processos em curso, ao passo que estas constituem processos autônomos.

Assim, se no curso de um processo, um bem é depositado em juízo, e ameaça deteriorar-se, será aplicável o art. 1.113 do Código de Processo Civil. Se o pedido de alienação é feito por si, sem qualquer relação com outro processo, a hipótese é a do art. 1.112, III a V.

Quando a alienação for requerida por uma das partes, o juiz ouvirá sempre a outra, dispensada a realização de leilão se todos os interessados forem maiores e capazes e nisso convierem expressamente.

Os bens deverão ser previamente avaliados por um perito nomeado pelo juiz, salvo se já o tiverem sido antes e não sofreram alteração em seu preço. A venda será feita àquele que der o maior lanço, ainda que inferior ao valor de avaliação. Idêntico procedimento será obedecido, se estiverem presentes as hipóteses do art. 1.117 do Código de Processo Civil.

Quando a alienação for de coisa comum, terá preferência, em igualdade de condições, o condômino ao estranho; entre os condôminos, aquele que tiver benfeitorias mais valiosas; e, se não houver benfeitorias, o que tiver o maior quinhão. Desrespeitada a preferência, o condômino prejudicado pode requerer, antes de assinada a carta de arrematação, que o bem lhe seja adjudicado, depositando o preço. Se isso ocorrer, o adquirente e os demais condôminos serão citados para dizerem de seu direito, observando-se o procedimento previsto no art. 803 (CPC, art. 1.119).

Capítulo III
DA SEPARAÇÃO CONSENSUAL

No dia 14 de julho de 2010, foi editada e entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 66, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal. O texto anterior dizia que: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". O dispositivo impunha condições para o divórcio: prévia separação judicial pelo tempo indicado, ou separação de fato por mais de dois anos. Com a nova redação, o dispositivo passou a determinar que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". Diante disso, extinguiram-se as anteriores exigências: não há mais necessidade de prévia separação judicial, ou de separação de fato. O divórcio pode ser requerido a qualquer tempo, depois de celebrado o casamento.

Diante da modificação do texto constitucional, a tese de que a separação judicial teria deixado de existir, por ter perdido a sua razão de ser, uma vez que o divórcio pode ser decretado sem qualquer condição ou prazo prévios, ganhou importantes defensores.

Não nos parece, no entanto, que seja essa a melhor solução. Não se discute que desapareceram as condições prévias do divórcio. Mas não há razão para que se considere extinta a separação judicial, já que os cônjuges podem preferir separar-se, sem se divorciar.

A separação judicial põe fim apenas à sociedade conjugal, mas não ao vínculo do casamento. Permite, portanto, o futuro restabelecimento da sociedade conjugal, caso os cônjuges mudem de ideia, e decidam tornar ao convívio. Já o divórcio, ao extinguir o vínculo, não permite uma futura reconciliação e o restabelecimento da união, a não ser por outro casamento.

Assim, parece-nos que os cônjuges possam preferir apenas a separação, por ainda não estarem completamente convencidos da impossibilidade de restabelecimento da sociedade conjugal, embora exista forte corrente doutrinária que propugne pela extinção da separação. Mas, ainda que mantida a separação, não se pode mais cogitar de prazo mínimo para a sua realização, ainda que consensual. O art. 1.574 do Código Civil condicionava a separação amigável ou consensual ao cumprimento do prazo de um ano de casamento. Ora, se não há mais requisito temporal para o divórcio, que põe fim ao vínculo conjugal, não pode mais haver para a separação consensual. Assim, parece-nos que a separação judicial continua em nosso ordenamento jurídico, mas sem nenhum requisito temporal.

Por essa razão, continuamos a tratar do procedimento da separação consensual no presente capítulo.

Neste capítulo, tratar-se-á do procedimento judicial de separação consensual, que, desde a entrada em vigor da Lei n. 11.441/2007, pode ser feita extrajudicialmente, quando não houver filhos menores e incapazes, e os cônjuges estiverem de acordo quanto à descrição e partilha de bens, pensão

alimentícia e retomada do nome de solteiro ou manutenção do nome de casado. Preenchidos esses requisitos, os cônjuges poderão optar entre a separação judicial, tratada nos parágrafos seguintes, e que corre em segredo de justiça, ou a extrajudicial, que se faz por escritura pública, da qual constarão os termos do acordo, e que valerá como título para o registro civil e de imóveis, sendo indispensável a assistência de advogado, comum a ambos os cônjuges, ou de cada um deles.

A separação é um dos meios de dissolução da sociedade conjugal. Posto não rompa o vínculo matrimonial, ela faz cessar o complexo de direitos e obrigações inerentes à vida comum dos cônjuges, que constitui a sociedade conjugal.

Por isso, a ação de separação judicial é sempre pessoal e intransferível, de forma que a morte de qualquer dos cônjuges implica a imediata extinção do processo, sendo causa bastante de dissolução da sociedade conjugal.

Somente os cônjuges têm iniciativa para propô-la. Quando não há acordo entre eles, o procedimento será o de jurisdição contenciosa. Se houver consenso, e desejarem ambos a separação, sem divergência, será o de jurisdição voluntária. Nesse tipo de ação fica evidente o caráter de administração pública de interesses privados, pois ao juiz cabe apenas examinar se estão preenchidos os pressupostos e se é desejo efetivo dos cônjuges a separação.

Não há mais exigência de prazo mínimo para que a separação seja postulada; a petição inicial deve vir sempre instruída com a certidão de casamento.

O procedimento da separação consensual está previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil. Mas a Lei n. 6.515/77, art. 34, trouxe alguns acréscimos que devem ser observados.

O foro competente para apreciar o pedido é o do domicílio do casal. A petição inicial será assinada por ambos os cônjuges e também pelos seus advogados, ou pelo advogado escolhido de comum acordo. Quando os cônjuges não souberem ou não puderem assinar, será lícito solicitar que outrem assine a rogo. Caso as assinaturas não sejam lançadas na presença do juiz, haverá necessidade de reconhecimento de firma, salvo se as partes confirmarem diante dele a sua autenticidade.

O art. 1.121 do Código de Processo Civil enumera aquilo que a inicial deverá conter: "I — a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; II — o acordo relativo à guarda dos filhos menores; III — o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV — a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter".

Embora o inciso IV mencione pensão alimentícia do marido à mulher, nada impede que seja o contrário, isto é, que a mulher se comprometa a dar pensão ao marido que dela necessitar.

A divergência sobre a partilha de bens não obsta a separação consensual, podendo ser remetida para fase posterior à sua homologação. Também o direito de visitas pode ser regulado posteriormente.

Além da certidão de casamento, as partes devem juntar o pacto antenupcial, se houver, e as certidões de nascimento dos filhos. Se a petição

inicial estiver em termos, o juiz deverá ouvi-los, esclarecendo as consequências da manifestação de vontade. A finalidade principal dessa audiência é tentar reconciliar o casal. O juiz ouvirá pessoal e separadamente cada um, verificando se há possibilidade de eles reconsiderarem a sua decisão. Dessa audiência não participará o advogado. Somente depois de tentada a conciliação é que se justificará a sua presença. Caso as partes se reconciliem, o acordo deverá ser formalizado, e, aí sim, o advogado estará presente.

Ambos os cônjuges devem demonstrar vontade inequívoca e sem hesitações. Em seguida, o juiz ouvirá o Ministério Público e homologará a separação. Caso os cônjuges revelem incertezas, dúvidas e inseguranças, o juiz marcará outra data, no prazo de quinze a trinta dias, para ouvi-las novamente.

Sempre que não for ratificado o desejo de separação, ou quando os cônjuges não comparecerem à audiência, o juiz mandará arquivar os autos.

Ratificado pelos interessados o pedido, o juiz só poderá negar-se a homologá-lo se a convenção não preservar suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (Lei n. 6.515/77, art. 34, § 2º).

Homologada a separação, a sentença será averbada no registro civil. Havendo imóveis, também será necessário averbá-la no respectivo cartório de registro.

O procedimento acima exposto também será aplicado para as ações de divórcio consensual, na forma do art. 40, § 2º, da Lei n. 6.515/77. Caso haja necessidade de produção de prova testemunhal ela será produzida na audiência de ratificação do pedido.

Ainda será possível às partes, a qualquer tempo, no curso da separação litigiosa, requerer a conversão para consensual. A partir de então, o procedimento será o da jurisdição voluntária.

Capítulo IV
DOS TESTAMENTOS E CODICILOS

61 A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão, de acordo com a sua fonte, pode ser legítima ou testamentária. A primeira decorre de lei; a segunda, de disposição de última vontade, manifestada em testamento ou codicilo.

Aquele que morre sem deixar testamento será sucedido pelos herdeiros legítimos, na ordem de vocação hereditária fixada por lei. É possível que a sucessão seja simultaneamente legítima e testamentária, desde que o testamento não compreenda todos os bens do *de cujus*. Aos remanescentes serão aplicadas as regras da sucessão legítima.

Sempre que houver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), a liberdade de testar não é plena, pois não será possível dispor de mais da metade da herança, preservando-se a legítima. Não havendo, o testador poderá dispor de tudo o que lhe pertencer.

O testamento pode ser conceituado como o ato de última vontade pelo qual o autor da herança dispõe no todo ou parte de seus bens para depois da morte, podendo fazer outras disposições.

Admitem-se três formas de testamento ordinário (público, particular e cerrado) e três formas de testamento especial (marítimo, aeronáutico e militar).

O público é aquele escrito por um tabelião em livro de notas, de acordo com a vontade do testador, na presença de duas testemunhas.

O particular é inteiramente escrito e assinado pelo testador. Deve, também, ser lido e assinado por três testemunhas. É a forma menos segura de testar, porque demanda confirmação, em juízo, pelas testemunhas, depois da abertura da sucessão.

Já o cerrado é aquele cujo conteúdo só é conhecido pelo próprio testador. Depois de escrito, deve ser lavrado auto de aprovação por oficial público, na presença de duas testemunhas (CC, art. 1.868, I). O oficial e as testemunhas apenas dão autenticidade exterior ao documento, pois não conhecem o seu conteúdo. O documento será, em seguida, lacrado. Também é menos seguro, por reputar-se revogado sempre que houver rompimento do lacre. Com a morte do autor da herança, ele será aberto pelo juiz, que o fará registrar e arquivar em cartório, determinando o seu cumprimento se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade.

Os testamentos especiais marítimo, aeronáutico e militar só podem ser utilizados em situações de emergência. Os dois primeiros, quando o autor da herança está em navio de guerra ou mercante, aeronave militar ou comercial, em viagem, podendo revestir forma assemelhada ao público ou ao cerrado

(art. 1.888, *caput*). O militar é o elaborado não apenas por militares, mas também por outras pessoas, desde que em serviço do exército ou em campanha, que estejam participando de operações de guerra, no Brasil ou fora dele. Pode revestir forma assemelhada ao testamento público (art. 1.893), ao cerrado (art. 1.894) ou ser nuncupativo.

62 ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO

Os arts. 1.125 a 1.129 prescrevem o procedimento adequado para abertura, registro e cumprimento dos testamentos cerrado e público.

Quando cerrado, o juiz deverá inicialmente averiguar se ele está intato, sem rompimento do lacre ou se há indícios de vícios externos indicativos de fraude; depois, abrirá o testamento e mandará que o escrivão o leia na presença de quem o entregou, lavrando-se o ato de abertura, rubricado pelo juiz e pelo apresentante. O ato deverá conter os requisitos indicados pelo art. 1.125 e incisos do Código de Processo Civil.

O Ministério Público será sempre ouvido nos processos que envolvam sucessão testamentária. Se não forem constatados vícios externos que tornem o testamento suspeito de nulidade ou falsidade, o juiz mandará registrá-lo e arquivá-lo, determinando seu cumprimento.

Depois do registro, será intimado o testamenteiro nomeado a assinar o termo de testamentaria, em cinco dias; se não houver testamenteiro nomeado, ou ele não aceitar o encargo, o juiz nomeará testamenteiro dativo. Assinado o termo, o escrivão extrairá cópia autenticada do testamento, juntando-a ao inventário ou arrecadação de herança.

Caso a pessoa que detém o testamento não o apresente, o juiz, de ofício, ou a pedido de qualquer interessado ou do Ministério Público, ordenará que ele o exiba em juízo, sob pena de busca e apreensão.

Quando o testamento for público, qualquer interessado poderá solicitar o seu cumprimento, exibindo traslado ou certidão e requerendo ao juiz que determine o seu cumprimento. Ao testamento público aplicam-se os arts. 1.125 e 1.126 do Código de Processo Civil.

63 A CONFIRMAÇÃO DO TESTAMENTO PARTICULAR

A autenticidade do testamento particular não é atestada por um tabelião, como ocorre nos testamentos públicos e cerrados. Por isso, ele precisa ser confirmado em juízo, na forma dos arts. 1.130 a 1.133 do Código de Processo Civil.

A publicação e confirmação poderá ser requerida pelo herdeiro,

legatário ou testamenteiro, em petição instruída com a cédula do testamento particular.

As testemunhas que ouviram a sua leitura e depois o assinaram serão inquiridas em juízo. Para assistir a essa inquirição serão intimados aqueles a quem caberia a sucessão legítima, o testamenteiro e os herdeiros e legatários que não tiverem requerido a publicação. Também será intimado o Ministério Público.

Depois da inquirição, os interessados terão prazo comum de cinco dias para manifestar-se.

Se pelo menos três testemunhas reconhecerem a autenticidade do documento, o juiz, depois de ouvir o Ministério Público, o confirmará, observando-se no mais o disposto nos arts. 1.126 e 1.127 do Código de Processo Civil.

As disposições dos arts. 1.130 a 1.133 aplicam-se também aos testamentos especiais e codicilos.

64 A EXECUÇÃO DO TESTAMENTO

Depois de abertos e registrados os testamentos cerrados e públicos, e depois de confirmados os particulares, caberá ao testamenteiro nomeado ou dativo dar-lhes cumprimento. Para tanto, ele deve requerer a abertura de inventário e o cumprimento das obrigações do testamento, propugnando pela sua validade e defendendo a posse dos bens da herança. Sempre que necessário, requererá ao juiz que lhe conceda os meios necessários para cumprir as disposições de última vontade. O testamenteiro tem direito a um prêmio pelo seu trabalho, que será fixado pelo próprio testador ou pelo juiz, em até 5% sobre o valor da herança líquida. Esse prêmio é denominado vintena.

Capítulo V
DA HERANÇA JACENTE

A herança será jacente sempre que, aberta a sucessão, apurar-se que o *de cujus* não deixou testamento nem notícia da existência de herdeiros. Apesar de não ter personalidade jurídica, a herança jacente, esse acervo de bens e relações jurídicas, tem capacidade de ser parte, devendo ser administrada e representada por um curador.

O juiz da comarca em que o falecido tinha domicílio, de ofício ou a pedido de qualquer interessado ou do Ministério Público, mandará arrecadar sem perda de tempo todos os bens que componham a herança jacente, nomeando o curador, a quem será confiada a sua guarda e administração.

O modo pelo qual se opera a arrecadação vem descrito no Código de Processo Civil, nos arts. 1.145 a 1.151. O próprio juiz comparecerá à residência do falecido, acompanhado do escrivão e do curador, e mandará arrolar os bens, intimando o Ministério Público e a Fazenda Pública. Se ele não puder comparecer, requisitará à autoridade policial que proceda à arrecadação.

Depois de arrolados e arrecadados os bens, que são confiados ao curador, o juiz mandará expedir edital, que será publicado três vezes, com intervalo de trinta dias, no órgão oficial e na imprensa da comarca, convocando eventuais sucessores a habilitar-se no prazo de seis meses.

Quando, no curso do processo, apresentar-se o cônjuge, algum herdeiro ou o testamenteiro reclamando a herança, a arrecadação será suspensa, para que o interessado processe a sua habilitação. Serão ouvidos o curador, o Ministério Público e a Fazenda Pública.

Acolhida a habilitação, o processo de arrecadação converte-se em inventário.

Um ano após a primeira publicação do edital, se ninguém habilitar-se, o juiz declarará a herança vacante. Depois do trânsito em julgado dessa sentença, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação de petição de herança.

Ao final de cinco anos, que são contados da data da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, ou ao domínio da União, quando situados em território federal (CC, art. 1.822).

Capítulo VI
DOS BENS DOS AUSENTES

O ausente é aquela pessoa que desaparece de seu domicílio sem deixar representante e sem dar notícia de seu paradeiro.

A declaração de ausência será feita sempre que presentes as hipóteses dos arts. 22 e 23 do Código Civil, combinados com o art. 1.159 do Código de Processo Civil, isto é, sempre que uma pessoa desaparecer de seu domicílio, sem que dela haja notícia, e sem deixar representante ou procurador a quem toque administrar-lhe os bens, ou sempre que o procurador nomeado não queira ou não possa continuar exercendo o mandato.

O requerimento de declaração de ausência pode ser feito por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, em petição dirigida ao juiz da comarca em que o ausente tinha domicílio. Se, na comarca, houver Vara de Família, será ela a competente para apreciar o pedido.

Antes de acolhê-lo, o juiz pode determinar as diligências que entender necessárias para convencer-se de que o ausente efetivamente desapareceu. A sentença será meramente declaratória, devendo ser levada a registro, na forma do art. 94 da Lei n. 6.015/73. Nela, o juiz deve nomear curador, determinando que sejam arrecadados os bens. A arrecadação será feita em procedimento idêntico ao adotado para as heranças jacentes.

A declaração de ausência e a posterior abertura de sucessão provisória têm efeitos meramente patrimoniais, nunca pessoais, de forma que o cônjuge do ausente não será considerado viúvo, nem os filhos serão tidos como órfãos. Mas, aberta a sucessão definitiva, estará rompido o vínculo matrimonial (art. 1.571, § 1º, do CC).

Não se pode confundir a morte presumida, que decorre da abertura da sucessão definitiva do ausente, com a justificação de óbito, prevista no art. 88 da Lei n. 6.015/73, para as hipóteses de catástrofes em que o corpo da vítima desaparece, impedindo a elaboração de atestado médico de óbito. O acolhimento da justificação implicará o reconhecimento da morte real, e não meramente presumida, produzindo efeitos pessoais e patrimoniais.

Quatro fases distintas podem ser identificadas, após a arrecadação. Na primeira, o juiz manda publicar editais por um ano, com periodicidade de dois meses, conclamando o ausente a retornar à posse dos seus bens. Caso isso aconteça, ou se tenha a certeza da morte, cessa a curadoria e extingue-se o procedimento. A curadoria também cessa com a sucessão provisória.

Depois de passado um ano da publicação do primeiro edital sem que o ausente se tenha apresentado, inicia-se a segunda fase, e os interessados podem requerer a abertura da sucessão provisória. Os legitimados para formular esse requerimento estão enumerados no art. 1.163, § 1º e incisos, do Código de Processo Civil: o cônjuge não separado judicialmente; os herdeiros legítimos e os testamentários; os que tiverem direito sobre os bens do ausente, subordinado à condição de morte, e os credores. Se nenhum interessado apresentar-se, a abertura da sucessão provisória poderá ser

requerida pelo Ministério Público.

O requerimento deverá conter pedido de citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador, e, por edital, dos herdeiros ausentes, para se habilitarem. A habilitação será feita na forma do art. 1.036 do Código de Processo Civil.

A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito seis meses depois de publicada pela imprensa, mas logo que passe em julgado permitirá que se proceda à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens (CPC, art. 1.165).

Enquanto a sucessão for provisória, os herdeiros darão caução de restituir ao ausente os bens, caso ele retorne. Aparecendo o ausente, extingue-se a sucessão provisória.

Passados dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória, abre-se a terceira fase: a sucessão definitiva. Esse prazo reduz-se a cinco anos, que corre das últimas notícias suas, quando o ausente contar 80 anos de idade.

Na sucessão definitiva, os herdeiros poderão levantar a caução que tinham prestado. Mesmo assim, depois de convertida a sucessão provisória em definitiva, haverá uma quarta fase, que perdurará por mais dez anos, na qual se o ausente retornar, ele poderá retomar os seus bens que ainda integrem o patrimônio dos herdeiros, ou os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados (CPC, art. 1.168). Se o bem do ausente, ou sub-rogado em seu lugar, ou o preço obtido com a sua alienação não figurarem mais no patrimônio do herdeiro, o ausente não poderá reclamar.

Somente depois de passados dez anos da abertura da sucessão definitiva é que o ausente não poderá mais reclamar os seus bens aos herdeiros, ainda que eles não se tenham perdido nem sido alienados.

Capítulo VII
DAS COISAS VAGAS

Coisa vaga é a alheia que foi perdida pelo legítimo dono ou possuidor. Não se confunde com a abandonada, que não tem dono, e que passa a pertencer a quem encontrá-la e dela se apropriar.

A coisa vaga tem dono, e deve ser restituída a ele, sob pena de configurar-se o crime de apropriação indébita. A pessoa que a achar, e não souber quem é o dono, deve entregá-la à autoridade judiciária ou policial, que a arrecadará mandando lavrar o competente auto. Feita a arrecadação pela autoridade policial, a coisa deverá ser logo remetida ao juiz, que nomeará um depositário, a quem competirá zelar pela sua preservação.

Em seguida, serão publicados editais, por duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de dez dias, conclamando o dono a reclamar a coisa. Se ela for de pequeno valor, bastará que o edital seja afixado no átrio do fórum.

Se o dono comparecer e provar o seu direito, o juiz mandará entregar-lhe a coisa, depois de ouvidos o Ministério Público e a Fazenda Pública. Não comparecendo, ela será alienada em hasta pública, depois de proceder-se a uma avaliação. O produto da venda será destinado ao pagamento das despesas e à recompensa da pessoa que a achou (inventor). O remanescente será entregue à União, ao Estado ou ao Distrito Federal.

Se o dono aparecer, mas preferir abandonar a coisa, ela poderá ser adjudicada ao inventor. Idêntico procedimento será observado quanto aos objetos deixados em hotéis, oficinas e outros estabelecimentos, não sendo reclamados dentro de um mês.

Quando houver fundado receio de que a coisa seja produto de crime, a arrecadação será convertida em inquérito, cabendo ao juiz criminal mandar entregar a coisa a quem comprove ser o seu legítimo proprietário.

Capítulo VIII
DA CURATELA DOS INTERDITOS

Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Essa capacidade genérica, que todos possuem, é a de direito.

No entanto, nem sempre é possível ao homem praticar pessoalmente os atos da vida civil, por faltar-lhe o discernimento necessário. A capacidade, mais restrita, de poder exercer ele próprio os atos da vida civil é a de fato.

Aquelas pessoas que a lei chama de incapazes são as que não têm capacidade de fato, ou não a têm plena. A de direito é sempre plena, para qualquer ser humano.

A incapacidade de fato pode ser absoluta ou relativa, e supre-se pelos institutos da representação e assistência, respectivamente. A decorrente da menoridade independe de declaração judicial. Basta que o agente tenha menos de 16 anos, para que ele seja considerado absolutamente incapaz; e mais de 16 e menos de 18, para que a incapacidade seja relativa.

Cessada a menoridade, automaticamente cessa a incapacidade. Porém, se apesar de o agente ter completado 18 anos, estiver presente alguma das outras hipóteses de incapacidade, será necessário promover-se sua interdição.

O procedimento de interdição, de jurisdição voluntária, tem por finalidade declarar a incapacidade, absoluta ou relativa, das pessoas que não podem, sozinhas, exercer os atos da vida civil.

Não há possibilidade de se decretar a interdição de um menor com menos de 16 anos de idade, ainda que ele seja louco, porque falta o interesse de agir. Afinal, a menoridade já é bastante para que ele seja considerado absolutamente incapaz. No entanto, os menores relativamente incapazes poderão ser interditados, para que seja declarada a sua incapacidade plena.

Estão sujeitos à interdição os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, os que não podem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

Os silvícolas não integrados à civilização não precisam ser interditados, porque a sua incapacidade origina-se no âmbito administrativo e independe de qualquer medida judicial.

Embora, em princípio, as pessoas mencionadas no art. 3º, incisos II e III, do Código Civil sejam absolutamente incapazes, a lei estabelece a possibilidade de o juiz reduzir os limites da curatela, atribuindo--lhes incapacidade relativa, desde que tenham discernimento bastante para tanto.

A interdição pode ser requerida pelo pai, mãe ou tutor, pelo cônjuge, ou algum parente próximo, e pelo órgão do Ministério Público. A lei não diz quem é parente próximo. Parece-nos que a proximidade não diz respeito ao grau de parentesco, mas ao fato de o parente ter convívio estreito o bastante para constatar a necessidade da interdição. Assim, qualquer parente pode

requerer a medida, desde que guarde essa relação de proximidade com o incapaz.

A legitimidade do Ministério Público é plena, nos casos de anomalia psíquica. Nos demais, é subsidiária, isto é, depende da inexistência dos demais legitimados, de sua menoridade ou incapacidade, ou de sua inércia em propor a ação (CPC, art. 1.178).

Sempre que for o Ministério Público o requerente, o juiz nomeará ao interditando um curador à lide, na forma do art. 9º do Código de Processo Civil, cuja função será a de defendê-lo contra a pretensão do *Parquet*.

A ação deverá ser ajuizada no foro do domicílio do incapaz. Havendo Vara de Família e Sucessões, será ela a competente. A petição inicial deve preencher os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, e o requerente deve comprovar a sua legitimidade, indicando os fatos que revelem a incapacidade do interditando para os atos da vida civil.

O interditando será citado para comparecer perante o juiz, que o examinará e interrogará. A finalidade dessa audiência é permitir ao julgador colher elementos para a sua convicção. Portanto, as perguntas e os exames devem referir-se à vida, negócios, bens e o que mais for necessário para que o juiz possa constatar a incapacidade e o seu grau. As perguntas e respostas devem ser reduzidas a termo, devendo o juiz consignar aquelas que o interditando não respondeu.

Dentro de cinco dias, ele poderá impugnar o pedido, constituindo advogado que o defenda. Qualquer parente sucessível poderá constituir advogado em favor dele. Se ninguém o fizer, o juiz deverá, de ofício, nomear advogado que defenda os interesses do incapaz, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. É certo que, nos procedimentos comuns, o réu pode deixar de constituir advogado e de apresentar contestação. Mas, nesses casos, o réu tem pleno discernimento para descumprir o ônus de resposta que lhe é imposto. No caso da interdição, não.

Quando o Ministério Público não for o autor da ação, ele intervirá como *custos legis*. Decorrido o prazo de resposta, o juiz nomeará um perito para examinar o interditando. Apresentado o laudo, será designada, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Embora ainda haja alguma controvérsia, tem prevalecido o entendimento de que a sentença que decreta a interdição é meramente declaratória, produzindo efeitos *ex tunc*. Isso quer dizer que não é a interdição que torna o agente incapaz, mas a existência de alguma das causas de incapacidade.

Portanto, será possível anular negócio jurídico praticado por incapaz, mesmo que não interditado, desde que se prove que na data da sua celebração ele já não era capaz de gerir seus próprios interesses. Para que terceiros de boa-fé não sejam, no entanto, prejudicados, exige-se prova robusta de que a incapacidade do agente era, então, manifesta.

A sentença que decretar a interdição nomeará curador ao incapaz, observando, de preferência, a ordem dos arts. 1.775, *caput*, e 1.783 do Código Civil, e indicará os limites da curatela, produzindo efeitos desde logo, posto sujeita à apelação. Isso significa que o recurso será recebido apenas no

efeito devolutivo.

Será necessário fazer-se a inscrição da sentença no Registro de Pessoas Naturais. A inscrição será determinada de ofício pelo juiz, ou a requerimento do curador ou do requerente. Além disso, será publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias. Do edital constarão os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

Sempre que se extinguir a causa determinante da interdição, será procedido o seu levantamento, que pode ser requerido pelo próprio interditado. Embora ele tenha sido declarado incapaz, a lei atribui-lhe capacidade ao menos para requerer o levantamento da própria interdição, sem a interferência do curador. O levantamento também pode ser requerido pelo curador e pelo Ministério Público.

O pedido será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para examinar o interditado e designará audiência de instrução e julgamento. Se for acolhido, o juiz declarará levantada a interdição, mandando publicar a sentença, na forma do art. 1.186, § 2º, do Código de Processo Civil.

Capítulo IX
DA NOMEAÇÃO E REMOÇÃO DE TUTOR OU CURADOR

O Código de Processo Civil dedica um capítulo próprio para as disposições comuns à tutela e à curatela, cuidando do procedimento de nomeação e remoção de tutores e curadores, e da escusa do encargo.

A tutela só terá lugar quando houver menor que não esteja sob o pátrio poder. Já o curador será nomeado em favor dos demais incapazes que não os menores.

O tutor ou curador serão intimados a prestar compromisso, no prazo de cinco dias a contar da data da sua nomeação, ou da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver indicado.

No prazo de dez dias, eles requererão a especialização da hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens que serão confiados à sua administração. Se o tutor ou curador não o fizerem, caberá ao Ministério Público a iniciativa.

Enquanto não se proceder a especialização, caberá ao *Parquet* representar o incapaz, administrando-lhe os bens.

Quando o tutor ou o curador forem reconhecidamente idôneos, ou quando o patrimônio do incapaz for de pequeno vulto, o juiz pode admitir que eles entrem no exercício do encargo desde logo, antes da especialização, ou pode até dispensá-los da garantia. Caso, porém, a sua apresentação seja indispensável, a nomeação ficará sem efeito se o tutor ou curador não puderem garantir a sua gestão.

Ambos poderão escusar-se do encargo, apresentando ao juiz as suas razões. Nesse caso, será observado o procedimento dos arts. 1.192 e 1.193 do Código de Processo Civil.

O Ministério Público, ou quem tenha legítimo interesse, poderá requerer a remoção do tutor ou curador, nos casos previstos na lei civil. Eles serão citados para contestar no prazo de cinco dias, observando-se, em seguida, o procedimento do art. 803 do Código de Processo Civil.

Capítulo X
DA ORGANIZAÇÃO E DA FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

65 INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas de Direito Privado classificam-se, quanto à sua estrutura interna, em corporações e fundações. Aquelas são conjuntos ou reuniões de pessoas, ao passo que estas são conjuntos de bens destinados a um fim. As corporações, por sua vez, dividem-se, conforme tenham ou não finalidade de lucro, em sociedades e associações, respectivamente.

As fundações são um acervo de bens que adquirem personalidade jurídica para poder atingir os seus objetivos. Não visam o lucro, e seu caráter é sempre civil.

É possível identificar quatro fases distintas no procedimento da organização e fiscalização das fundações.

66 PROCEDIMENTO

A primeira fase é a de dotação ou instituição. Ocorre no momento em que alguém reserva todo o seu patrimônio, ou parte dele, para a instituição da fundação, indicando a finalidade para a qual ela será dirigida. O instituidor pode criar a fundação para atuar enquanto ele viver, ou para depois de sua morte. No primeiro caso, ele fará a dotação por escritura pública; no segundo, por testamento.

A fase seguinte é a de elaboração dos estatutos. É possível que o próprio instituidor o redija, bem como indique alguém para fazê-lo, atribuindo-lhe um prazo. Caso não tenha sido previsto prazo para que o terceiro elabore o estatuto, a lei prevê seis meses.

Quando o instituidor não elaborar, ele próprio, os estatutos, nem indicar quem deva fazê-lo, a incumbência passará ao Ministério Público. Isso também ocorrerá se o terceiro indicado recusar-se ou permanecer inerte no prazo atribuído pelo instituidor (ou, na sua falta, em 6 meses).

Elaborados os estatutos, passa-se à terceira fase, que é a da sua aprovação. O interessado submeterá o estatuto à aprovação do Ministério Público, que deverá verificar se foram observadas as bases da fundação e se os bens são suficientes ao fim a que ela se destina.

O pedido é autuado, e o Ministério Público tem prazo de quinze dias para decidir. Três atitudes poderá tomar o *Parquet*: conceder, desde logo, sua

aprovação, negá-la por completo, ou exigir que sejam feitas alterações ou adaptações nos estatutos. Quando os bens não forem suficientes para o fim almejado, proceder-se-á conforme o art. 63 do Código Civil.

Sempre que o Ministério Público negar a aprovação ou exigir alterações, o interessado pode requerer ao juiz, em petição motivada, que a supra, podendo o magistrado exigir as modificações que lhe pareçam necessárias.

Evidentemente que só caberá ao promotor de justiça aprovar os estatutos quando tiverem sido elaborados pelo próprio instituidor ou por terceiro por ele indicado. Se foi o próprio Ministério Público quem os elaborou, não caberá a ele aprová-lo, mas ao juiz.

Qualquer modificação posterior nos estatutos ficará sujeita, também, à aprovação do Ministério Público, que, denegada, pode ser suprida pelo juiz.

A quarta e última fase é a do registro. É indispensável que o ato de instituição e os estatutos sejam registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, pois só a partir de então terão existência legal.

Qualquer interessado ou o Ministério Público poderão requerer a extinção da fundação sempre que se tornar ilícito o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou se vencer o prazo de sua existência (CPC, art. 1.204).

Capítulo XI
DA ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

A hipoteca é direito real de garantia que recai sobre bens imóveis, navios e aeronaves, e que atribui direito de preferência ao seu titular, sobre o valor da coisa.

O bem continua na posse do devedor, mas fica garantido o pagamento da dívida. Como todo direito real, a hipoteca é dotada de sequela e preferência. Ela grava a coisa, e a segue ainda que em poder de terceiros, assegurando ao seu titular preferência sobre os credores quirografários.

Segundo sua origem, a hipoteca pode ser convencional, legal ou judicial. Convencional, quando tem origem em um contrato; legal, quando emanada de lei, para garantir certas obrigações, e judicial, quando decorre de sentença.

O art. 1.489 do Código Civil, em seus vários incisos, enumera as hipóteses de hipoteca legal. Como direito real, elas só valerão contra terceiros quando inscritas e especializadas.

O Código de Processo Civil cuida, nos arts. 1.205 e seguintes, do procedimento da especialização da hipoteca legal.

A legitimidade para requerê-la será do próprio devedor, do beneficiário ou do Ministério Público, e a competência será do juízo em que estiver situado o imóvel. A petição inicial deve indicar o montante da responsabilidade do devedor e vir instruída com a prova da propriedade dos bens dados em garantia, livres de ônus.

Se o pedido for formulado pelo beneficiário, será citado o devedor. Se este foi quem requereu a especialização, o citado será o beneficiário.

O juiz nomeará um perito, que arbitrará a responsabilidade do devedor e avaliará os bens apresentados em garantia, observado o disposto no art. 1.206 do Código de Processo Civil.

Sobre o laudo as partes serão ouvidas em cinco dias, podendo o juiz mandar que se procedam as necessárias correções. Se os bens forem suficientes e estiverem livres de ônus, o juiz homologará a especialização, mandando registrar a hipoteca. Caso os bens sejam insuficientes, observar-se-á o disposto nos arts. 1.208 e 1.209 do Código de Processo Civil.

A especialização da hipoteca legal dispensa intervenção judicial sempre que o credor e o devedor forem capazes e convencionarem, por escritura pública, a garantia.

Títulos já lançados

Volume 1 — Direito Civil — Parte Geral
Volume 2 — Direito Civil — Direito de Família
Volume 3 — Direito Civil — Direito das Coisas
Volume 4 — Direito Civil — Direito das Sucessões
Volume 5 — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Geral
Volume 6, tomo I — Direito Civil — Direito das Obrigações — Parte Especial
Volume 6, tomo II — Direito Civil — Responsabilidade Civil
Volume 7 — Direito Penal — Parte Geral
Volume 8 — Direito Penal — Dos crimes contra a pessoa
Volume 9 — Direito Penal — Dos crimes contra o patrimônio
Volume 10 — Direito Penal — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
Volume 11 — Processo Civil — Teoria geral do processo e processo de conhecimento
Volume 12 — Processo Civil — Processo de execução e cautelar
Volume 13 — Processo Civil — Procedimentos especiais
Volume 14 — Processo Penal — Parte Geral
Volume 15, tomo I — Processo Penal — Procedimentos, nulidades e recursos
Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais — estaduais e federais
Volume 16 — Direito Tributário
Volume 17 — Direito Constitucional — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais
Volume 18 — Direito Constitucional — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições
Volume 19 — Direito Administrativo — Parte I
Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II
Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias
Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis
Volume 23 — Direito Falimentar
Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito
Volume 25 — Direito Previdenciário
Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 29 — Direito Eleitoral

Volume 30 — Direitos Humanos

Volume 31 — Processo do Trabalho — Justiça do Trabalho e dissídios trabalhistas

Volume 32 — Processo do Trabalho — Recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares

Volume 33 — Direito Internacional